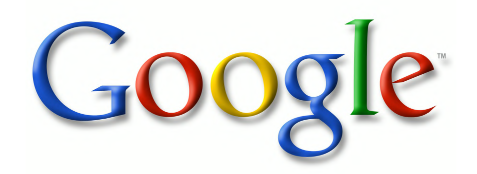
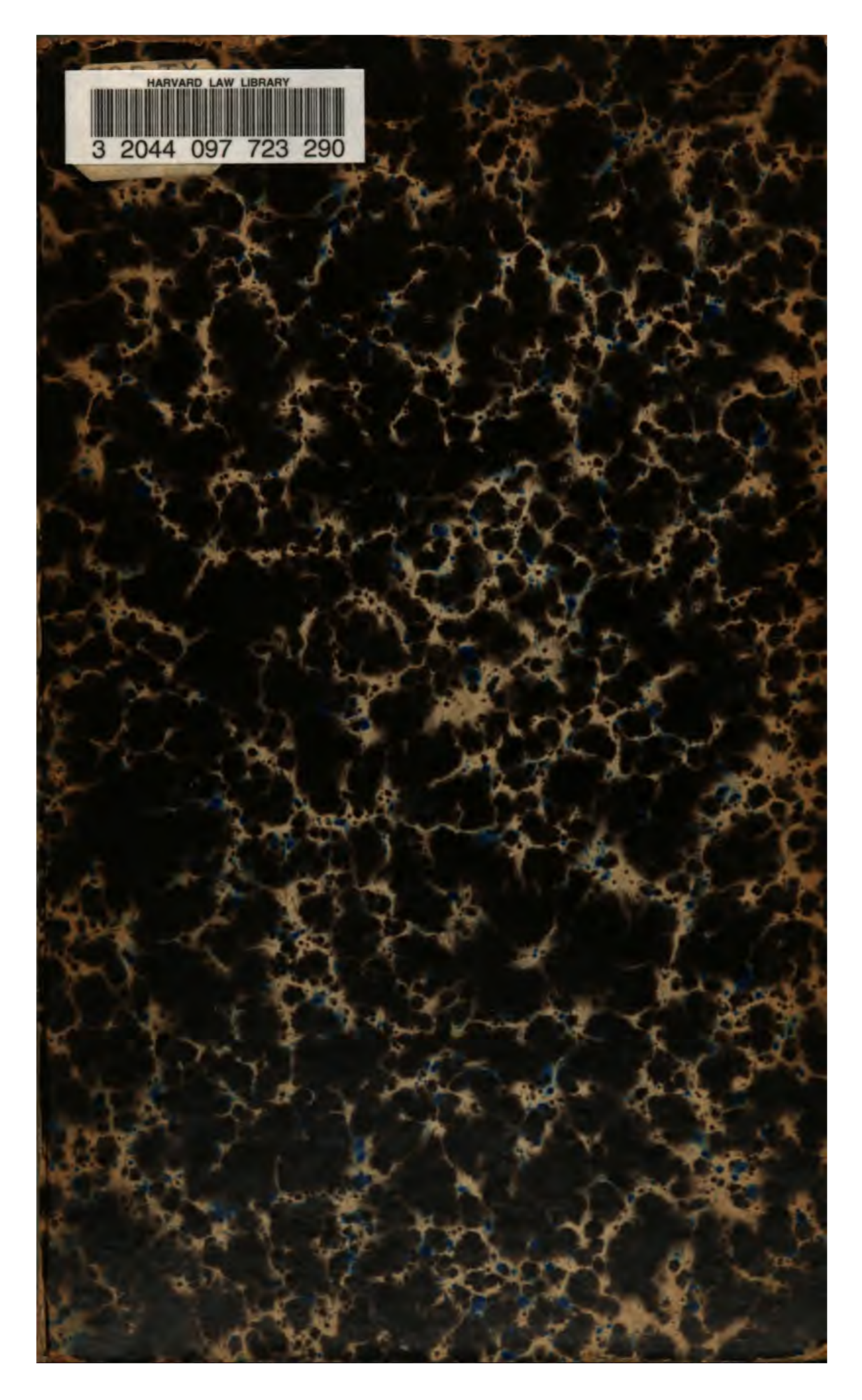
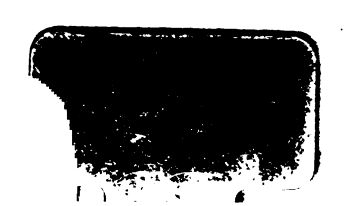



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 723 290




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



GERMANY





GERMANY

Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse.

FORTX

C

Die

Lehre vom Interesse

nach

Römischem Recht.

Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung.

Von

Dr. Richard Cohnfeldt.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1865.

Inhalt.

Seite

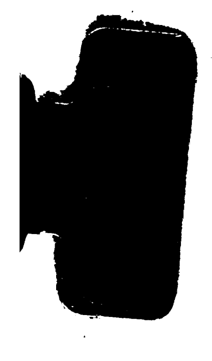
Vorwort.

Erster Abschnitt.
Geschichtliche Einleitung.

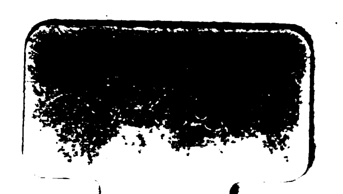
§. 1. Begriff des Interesse 1
§. 2. Eintheilungen des Interesse 5
I. Interesse conventum, commune, singulare. 5
II. Interesse circa rem und extra rem . . . 10
§. 3. Leistung des Interesse 14
I. Umfang 14
II. Grund und Voraussetzung 23
§. 4. Berechnung des Interesse 29
§. 5. Beschränkung des Interesse. 39

Zweiter Abschnitt.
Dogmatische Darstellung.
Erstes Kapitel: Vom Interesse.

I. Begriff und Bedeutung des Interesse.
§. 6. Das Interesse 56
§. 7. Das Vermögensinteresse 60
§. 8. Das Affectionsinteresse 69
§. 9. Bedeutung des Interesse 72
II. Erforderniſſe des Interesse.
Vorbemerkung 85
§. 10. Subject und Object des Interesse 90
§. 11. Bedingung des Interesse 121
§. 12. Causalität. 136
III. Zeit und Ort des Interesse. §. 13. 159
IV. Umfang des Interesse. §. 14. 168
V. Beschränkung und Erweiterung des Interesse. §. 15. . 205




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
VE RI TS
CHRISTO ET ECCLESIAE



GERMANY

Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse.

FORTX
C

Die

Lehre vom Interesse

nach

Römischem Recht.

Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung.

Von

Dr. Richard Cohnfeldt.

Verlag von Bernhard Tauchnitz

Leipzig 1865.

Inhalt.

Seite

Vorwort.

Erster Abschnitt.
Geschichtliche Einleitung.

§. 1. Begriff des Interesse 1
§. 2. Eintheilungen des Interesse 5
I. Interesse conventum, commune, singulare. 5
II. Interesse circa rem und extra rem . . . 10
§. 3. Leistung des Interesse 14
I. Umfang 14
II. Grund und Voraussetzung 23
§. 4. Berechnung des Interesse 29
§. 5. Beschränkung des Interesse. 39

Zweiter Abschnitt.
Dogmatische Darstellung.
Erstes Kapitel: Vom Interesse.

I. Begriff und Bedeutung des Interesse.
§. 6. Das Interesse 56
§. 7. Das Vermögensinteresse 60
§. 8. Das Affectionsinteresse 69
§. 9. Bedeutung des Interesse 72
II. Erforderniſſe des Interesse.
Vorbemerkung 85
§. 10. Subject und Object des Interesse 90
§. 11. Bedingung des Interesse 121
§. 12. Causalität. 136
III. Zeit und Ort des Interesse. §. 13. 159
IV. Umfang des Interesse. §. 14. 168
V. Beschränkung und Erweiterung des Interesse. §. 15. . 205

Seite

Zweites Kapitel: Von der Leistung des Interesse.

Vorbemerkung 212

I. Die obligatio judicati.

§. 16. Charakter und Entstehung 214

§. 17. Voraussetzungen 217

§. 18. Gegenstand 220

II. Gegenstand der Delictsobligationen. §. 19. 243

III. Zeitliche und örtliche Bestimmung der Interesseleistung. §. 20. 247

Dritter Abschnitt.

Neuere Gestaltung.

Vorbemerkung 265

I. Gestaltung des Begriffs des Interesse. §. 21. . . . 266

II. Gestaltung der Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse. §. 22.

1. Voraussetzungen 267

2. Umfang 270

III. Zeit, Ort und Art der Schätzung. §. 23. 273

Quellenregister 277

Litteraturverzeichniß 281

Berichtigungen und Zusätze 284

Vorwort.

Das Römische Recht ist darin groß, an den Rechtsverhältnissen die juristisch wichtigen Seiten herauszufinden, und in den einzelnen Beziehungen das der Natur der Sache nach Richtige zu treffen. Diese Eigenschaft macht es vorzugsweise berufen, auf den Gebieten, auf denen es noch heut von practischer Anwendbarkeit ist, die gesetzgeberischen Bestrebungen der Gegenwart zum Ziele zu führen. Die Wissenschaft des Römischen Rechts hat daher mehr, als je, in der Richtung auf diese Gebiete ihre Aufgabe zu suchen. Nur die vollste Beherrschung des Materials kann uns in den Stand setzen, den Forderungen des Verkehrs ausreichend zu begegnen.

Zu den practisch wichtigen Materien des Römischen Privatrechts gehört auch die Lehre vom Interesse. Einige Modificationen abgerechnet, welche durch die Veränderung der processualischen Einrichtungen geboten werden, sind die Römischen Bestimmungen über Interesse und Interesseleistung noch heute so anwendbar, wie bei den Römern selbst.

Der gegenwärtige Stand der Lehre befriedigt nicht. Zwar ist Vieles überwunden, was dieselbe in der früheren Doctrin zu einer der verwickeltesten und schwierigsten des ganzen Civilrechts machte. Allein noch fehlt ihr fast durchweg die quellenmäßige Einfachheit. Ich habe mich bemüht, ihr diese wiederzugeben.

Bei dem weitverzweigten Einflusse früherer Meinungen ferner kann allein die Dogmengeschichte einen befriedigenden

Aufschluß über manche Erscheinungen geben, die man vom reinen Standpunkte der Quellen aus vergeblich sich zu erklären versuchen würde. Dies machte eine dogmengeschichtliche Entwickelung der Lehre in allen ihren Theilen unumgänglich. Ich glaube, in dieser Beziehung das richtige Maß getroffen, und mich namentlich bei der Darstellung der einzelnen Meinungen von einer mikroskopischen Behandlungsweise ferngehalten zu haben.

Der Zusammenhang der neueren Gesetzgebung mit der früheren Theorie gab mir endlich Veranlassung, die Gestaltung des Interesse und der Interesseleistung unter der Hand der modernen Gesetzgeber in ihren Grundzügen zu verfolgen.

Berlin, im August 1865.

Dr. Cohnfeldt.

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Einleitung.

§. 1.

Begriff des Interesse.

Seit der Zeit der Glossatoren bis heute verbindet man fast allgemein mit dem Begriffe des Interesse die Vorstellung eines Schadens.

Meist hält man die beiden Richtungen dieses Schadens auseinander und unterscheidet: positiven und negativen Schaden[1] (damnum emergens und lucrum cessans).

Oder aber man zieht Beides in einen Begriff zusammen, indem man von einem Vortheile spricht, den man besaß und nicht behalten, oder erwartete und nicht erlangt hat, und sagt damit nur negativ das, was positiv Schaden ist[2].

Die Vorstellung des Schadens liegt auch den neueren Definitionen zu Grunde, wonach das Interesse „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens, wie er in einem gege-

1) gl. cum pro eo v. casus, gl. prout possibile est in med. ad l. unic. C. d. sent. q. p. eo 7, 47. — cfr. Bartolus super Cod. eod. 7, 47. §. 8.

2) Bartolus l. c. interesse est justa alicujus utilitas habita vel non habita propter alicujus factum injustum vel cessationem injustam. — Magnus, de eo quod interest c. 2. (Meermann III. p. 296.). — Donellus, de eo q. i. cap. 2. (Opp. omn. Tom. 9. ed. Luc.). — Cujac. obs. 9. c. 31. (Tom. III.).

benen Zeitpunkte ist und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde"[3].

In älterer Zeit pflegte man überdies in die Definition zugleich die Gründe mitaufzunehmen, welche zum Schadensersatze verpflichten, und charakterisirte die verpflichtende Thatsache im Allgemeinen als eine unrechtmäßige, vorsätzliche oder fahrlässige Handlung oder Unterlassung[4].

Mit Recht läßt man heutzutage diesen Punkt bei der Definition gänzlich fallen.

Ebenso hat sich die Auffassung Bahn gebrochen, daß das Interesse das durch das beschädigende Ereigniß entzogene Vermögensstück selbst und nicht bloß dessen Werth, nicht bloß die aestimatio damni bedeute[5].

Dagegen hat man sich von der Vorstellung des Schadens nicht losmachen können, obwohl das Interesse nichts weniger als einen Schaden voraussetzt. Ein Interesse ist schon vorhanden, ehe der Schaden eingetreten ist, ehe es sich entschieden hat, ob das Ereigniß, woran das Interesse geknüpft ist, eintritt oder nicht eintritt.

Bei dem Interesse an einer Leistung z. B. ist nicht erst abzuwarten, ob der Schuldner leistet oder nicht leistet, seine Verbindlichkeit erfüllt oder nicht erfüllt, sondern es ist schon bei Eingehung der Obligation vorhanden, und es wäre zu spät, wenn das Interesse an der Erhaltung einer Sache erst anfangen sollte, wenn die Sache bereits vernichtet ist.

3) Unterholzner, Schuldverhältnisse I. §. 125. Puchta, Pand. §. 225. Arndts, Pand. §. 206. Mommsen, Beitr. z. Obligationenr. II. §. 1. S. 1. und 5.

4) Wehrn, doctrina explicatrix princip. et caus. damni praest. p. 350. Glück, Pand. IV. S. 432. S. dagegen Ant. Fumejus, de eo q. i. cap. 2. §. 12. (Tract. juris universi V.). Mommsen a. a. O. S. 6. Note 4.

5) Cujac. ad l. 1. de act. empt. vend. (Opp. X. p. 750. ed. Neap.).

Offenbar verwechselt man den Begriff des Interesse mit der Verpflichtung zur Leistung desselben. Diese kann nicht eher begründet sein, als bis ein Schaden eingetreten ist.

Man berufe sich nicht auf die l. 13. pr. D. ratam rem haberi 46, 8.: Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Diese Stelle handelt nicht von dem Begriffe, sondern von dem Umfange des Interesse, und setzt nicht das Interesse dem Schaden, sondern in einem speciellen Falle nur den Umfang des Interesse dem Umfange des Schadens gleich.

Das, was man im Falle der Genehmigung haben würde, ist genau ebensoviel, als was man im Falle der Nichtgenehmigung nicht hat. Das Interesse an der Genehmigung fängt aber nicht erst mit der Nichtgenehmigung an. —

Eine Reihe völlig müßiger Operationen schließt, consequent durchgeführt, die heutzutage herrschende Definition in sich. Da sie das Interesse als die Differenz darstellt zwischen dem Vermögensbetrage, wie er ist, und dem, wie er ohne ein gewisses Ereigniß sein würde, müßte der dermalige Vermögensbestand bei Ermittelung des Interesse eine wesentliche Rolle spielen, und demgemäß der ganze zu demselben gehörige Inbegriff von Sachen und Rechten auf das Genaueste festgestellt werden, bevor die Größe des vielleicht nur ganz geringfügigen Schadens gefunden werden könnte, während es doch viel einfacher wäre, sofort das beschädigende Ereigniß in's Auge zu fassen, und unmittelbar festzustellen, was man in Folge desselben verloren oder nicht erhalten hat. Denn da es sich nur darum handelt, was man nicht hat, kann Nichts darauf ankommen, was man noch hat, und da das beschädigende Ereigniß nur gewisse, einzelne Vortheile betrifft, brauchen nicht die übrigen Vermögenstheile in Betracht gezogen zu werden, die dasselbe ganz unberührt gelassen hat.

Man ließ sich zu dieser Definition durch eine falsche

Etymologie des Wortes interesse verleiten. Dieses bedeutet zwar ursprünglich einen Unterschied. Aber nicht, wie man willkürlich supponirte, einen Unterschied im Vermögensbetrage, sondern den allgemein selbstverständlichen Unterschied, ob Etwas so oder anders ist, Etwas geschieht oder nicht geschieht, wie in der Formel: interest mea, utrum diligens sis necne, utrum vivas an non.

Statt dieser umständlicheren Ausdrucksweise bezeichnet man lieber einfach gleich das Moment, woran das Interesse sich knüpft. An eine Vermögensdifferenz aber denkt man dabei nicht.

Höchst seltsam ist es, wenn Manche ein Interesse gerade bei dem häufigsten Gegenstande des Interesse nicht anerkennen wollen: bei dem Gelde — weil dasselbe keiner Schätzung bedürfe. Als ob die Schätzung für den Begriff des Interesse wesentlich wäre!

Ulpian in der l. 3. D. de in litem jurando 12, 3. sagt nur: daß bei einer einfachen Geldschuld das jusjurandum in litem nicht anwendbar sei, weil die Geldschuld schon in sich selbst bestimmt, und keiner weiteren künstlichen Ausmittelung bedürfe. Daß kein Interesse am Gelde stattfinde, sagt er nicht.

Augenscheinlich täuschte bei den bisherigen Auffassungen des Interesse der Umstand, daß in den zahllosen Beispielen der Quellen das Interesse sich mit dem Schaden und der Verbindlichkeit zum Schadensersatze verflochten findet.

So bezog man auf jenes, was lediglich zu diesem gehörte. Weil kein Schadensersatz denkbar ohne einen Schaden und eine Zurechnung der Beschädigung, fand das Moment des Schadens und des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit in die Definition Eingang, und weil der Ersatz meist in Gelde geleistet wird, setzte man den Werth des Interesse an die Stelle des Interesse selbst!

§. 2.
Eintheilungen des Interesse.

Seither hat man sich, namentlich in früherer Zeit, mit mancherlei Eintheilungen des Interesse abgemüht.

I. So legte man ein großes Gewicht auf die Eintheilung in

Interesse conventum, commune und singulare.

a. Diejenigen, welche diese Eintheilung annehmen[6], verstehen unter dem commune fast durchgehends den Sachwerth. Als conventum wird bald der festgesetzte Kauf- oder Miethswerth[7], bald die etwa bedungene Conventionalstrafe[8] angesehen. Bei dem singulare stritt man, ob dasselbe ausschließlich als Vermögens- oder als Affections-Interesse zu betrachten sei.

Die Meisten begriffen Beides darunter, und legten dem Affecte nur die Bedeutung bei, daß er wohl Grund, aber niemals Gegenstand einer Klage sei und namentlich nicht die summa condemnationis erhöhen könne[9].

Wenig zahlreich sind die, welche dem interesse singulare einen ausschließlich pecuniären Charakter beilegen wollten. Bei ihnen ist es ein sehr beliebtes Argument: Amasia tua tibi dedit modicum et tu non dares nisi pro mille, an est dicendum, quod hujus affectionis haberetur ratio? At

6) Bulgarus ad l. 24. D. de R. J. 50, 17. — Azo, summa ad C. h. t. 7, 47. — gl. ad cst. unic. C. h. t. v. cum pro eo. — Baldus super Cod. h. t. §. 6. 47. 52. Petrus de Bellapertica, de eo q. i. §. 6. Seb. Sapia §. 12. Berengarius Paulhacus §. 136—140. (Pomp. Limpii Repetit. VIII.). — Alciat, de eo q. i. §. 28. (Tractatus jur. univ. V.).

7) Petr. de Bellap. l. c.

8) Alciat §. 31. Bereng. Paulhacus §. 171.

9) gl. ad C. h. t. v. casus. — Petrus de Bellap. §. 8. — Bartolus §. 12. — Abweichend: Guilelmus de Cuneo ad l. 5. D. de in litem jur. 12, 3. — Rainerius de Furlivio de eo q. i. §. 40. (Pomp. Limp. Repet. VIII.).

ecce, quomodo est interesse utilitatis. Hierauf werden als Beispiele eines besonderen Nutzens angeführt, wenn Jemand sich in sein Buch viele nützliche Bemerkungen eingetragen hat, oder Jemand zwei Grundstücke besitzt, und die auf dem einen befindliche Quelle zugleich zur Bewässerung des anderen dient[10].

b. Die ganze Eintheilung in interesse conventum, commune und singulare stieß schon früh auf Widerspruch. Am entschiedensten wurde sie von den Ultramontanen (der älteren französischen Schule) und ebenso von Donell und Cujas bekämpft. Mit Recht suchen diese Schriftsteller die persönliche Beziehung des Interesse zur Geltung zu bringen, indem das Interesse, als Etwas durch die Richtung auf eine bestimmte interessirte Person wesentlich Bedingtes, unmöglich auf den Sach-, oder Kauf-, oder Mieths-Werth Anwendung leiden könne, da diese Werthe sich nicht mit Rücksicht auf die Person, sondern mit Rücksicht auf die Sache bestimmen, und die Conventionalstrafe niemals ein Interesse, sondern nur öfter statt des Interesse sei. Das Interesse könne daher stets nur das besondere sein, das der bestimmte Einzelne hat[11].

c. Vermittelnd tritt die Meinung auf: daß das Interesse, wenn auch seinem Wesen nach eins, doch von dreifacher Schätzung sei, jenachdem man einen besonderen, gemeinen oder verabredeten Schätzungsmodus anlegen wolle[12].

Dem entsprechend ist es, wenn man noch in neuester Zeit das interesse commune als das nach dem gemeinen

---

10) cfr. Petrus de Bellap. §. 8.

11) cfr. Bartolus §. 8. Petrus de Bellap. §. 6. Rainerius §. 27. Fumejus §. 20. Gaspar Caballinus (Molinaeus) §. 12. 14. (Tract. jur. un. V.). Cujac. ad l. 21. §. 3. D. de A. E. V. (opp. X. p. 754.). — Donellus l. c. cap. 3.

12) Dynus Mugellanus, de eo q. i. §. 11. (Tract jur. univ. V.). Bartolus §. 11. Engelbrecht, in diss. de interesse §. 6.: puto, unum esse interesse, ejus vero aestimationem triplicem.

Anschlage des Schadens für Jedermann, nach dem gewöhnlichen Preise, und das interesse singulare als das nach den individuellen Gefühlen des Beschädigten sich bestimmende Interesse bezeichnet hat[13]. —

Man suchte die Eintheilung an die cst. un. C. de sent. q. p. e. q. i. 7, 47. anzuknüpfen, worin verordnet wird, daß das Interesse in gewissen Fällen nicht den Betrag des Doppelten seines nächsten Gegenstandes übersteigen solle, z. B. bei dem Interesse des Käufers nicht das Doppelte des Werths der gekauften Sache, und dem des Verkäufers nicht das Doppelte des verabredeten Kaufpreises. Die drei verschiedenen Werthe, die man so herausfand: den des Interesse, den Sachwerth und den Kaufwerth, stempelte man nun zu einem dreifachen Interesse, und hatte kein Auge dafür, daß durch die Gesetzesstelle der Sachwerth und das Interesse gerade in den schärfsten Gegensatz miteinander treten, da das Eine das Andere begränzen soll, mithin Beides nicht begrifflich eins sein kann. Schon Dynus[14] bediente sich dieses Arguments. Es verhallte fruchtlos an der gemeinen Meinung, welche keine Ueberzeugung, sondern nur die Autorität der Glosse kannte.

Ebenso unhaltbar ist die Annahme mehrerer Schätzungsarten, da es nur eine Art der Schätzung giebt, nämlich die nach dem objectiven Werthe der Sache.

Zwar hat man auch einen dreifachen Sachwerth: einen gemeinen, einen außerordentlichen und einen der besonderen Vorliebe auf Grund der l. 33. D. ad legem Aquil. 9, 2. annehmen wollen: Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia

---

13) Magnus l. c. cap. 6. Wehrn §. 65. Hofacker, Princip. jur. civ. §. 1732. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. III. §. 14. Thibaut, Pand. §. 273. Selbst noch: v. Keller, Pand.-Vorl. §. 255. — Singulär ist: Hotoman, Opp. II. de eo q. i. cap. 2. §. 5—7.

14) Dynus l. c. §. 3. cfr. Alciat §. 27.

rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Aehnlich die l. 63. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

Diese Stellen sprechen aber nicht von einem mehrfachen Werthe, sondern nur von einem mehrfachen Nutzen und einer mehrfachen Function der Sache, nicht von einem pretium singulorum, sondern einer utilitas singulorum.

Die Sache kann neben dem gemeinen noch einen besonderen Nutzen gewähren, oder gar nur dem Affecte dienen. Der Werth der Sache aber bestimmt sich, wie ausdrücklich in der Stelle hervorgehoben wird, unter Ausschluß des Affects und des besonderen Nutzens lediglich nach dem gemeinen Nutzen. Der besondere Nutzen hat keinen besonderen Werth zur Folge, sondern bildet einen Bestandtheil des Interesse. Dieses umfaßt auch alle die Vortheile, welche Jemand kraft besonderer und eigenthümlicher Verhältnisse in seinem Vermögen oder in seiner Person an einer Sache hat. Die Annahme eines Affections- oder eines besonderen Werths beruht daher auf einer Verwechslung der Begriffe: Sachwerth und Interesse. Der besondere Werth ist Nichts Anderes als ein Theil des Interesse, wie das sogenannte gemeine Interesse Nichts als der Sachwerth ist.

Ein Affectionswerth, in dem hier gemeinten Sinne, existirt aber überhaupt nicht, da der subjective Maßstab des Affects unmöglich einer Schätzung zu Grunde gelegt und das Gefühl nicht in Gelde veranschlagt werden kann!

Von dem Gefühle ist hier selbstverständlich die objective, in der Sache selbst liegende Annehmlichkeit zu trennen, welche jedem Besitzer schätzbar und als eine gemeine Function mit dem gemeinen Nutzen der Sache auf gleicher Linie steht, und für den Werth derselben mitbestimmend ist.

In der l. 36. D. de bonis libertorum 38, 2. und der l. 54. pr. D. mandati 17, 1. ist, wie man längst erkannt hat[15],

15) Koch, Recht der Forderungen I. §. 28. Nr. III. ignorirt dies.

der Affect nicht Gegenstand, sondern Grund einer Klage, und, wenn es in der ersteren Stelle heißt, Jemand könne (seines Gefühls wegen) es hoch schätzen, eine fragliche Sache zu besitzen[16], so hat man dabei noch an keinen Geldwerth zu denken, ebensowie man einen guten Freund sehr hoch schätzen kann, ohne ihn darum gleich in Gelde veranschlagen zu müssen. Das „Schätzen" bedeutet in jener Stelle nur allgemein das Wünschenswerthe, keineswegs aber den Anschlag in Gelde, wie die Annahme des sogenannten Affectionswerths voraussetzt.

Ein Beispiel des sogenannten außerordentlichen Werths ist es, wenn ein Zugthier mit anderen zu einem Gespanne verbunden und dadurch ein höherer Werth bedingt ist, der dem Ganzen als solchem im Gegensatze zu der geringeren Summe der einzelnen Theile für sich genommen zukommt.

Das, was das Gespann seiner Gleichheit wegen mehr werth ist, gehört zwar unzweifelhaft zum gemeinen Werthe des Ganzen. Ebenso unzweifelhaft aber bildet jener Mehrwerth den besonderen oder außerordentlichen Werth des Theils, d. h. des einzelnen zu dem Gespanne gehörenden Thiers[17].

Ebenso ist es wohl ein Fall des besonderen Werths, wenn ein Blinder einen Hund besitzt, der ihn speciell zu führen gewöhnt ist, so daß er nicht nöthig hat, sich einen Begleiter für Geld anzunehmen.

Dagegen sind die Vortheile einer Brieftaube, eines zu

---

16) — si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus majorum patroni sepulcra sunt et magni aestimat patronus, bonorum possessionis jura pro parte ea ad se pertinere vel aliquod mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum, pretium und affectus schließen sich also hier aus.

17) Diesen Unterschied zwischen dem Werthe des Theils und dem Werthe des Ganzen verkennt Koch a. a. O. Und keineswegs sagt die l. 22. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2., daß immer das Ganze geschätzt werden müsse.

Schaukünsten abgerichteten Hundes, oder einer auf einem Landgute gefundenen Quelle, die z. B. die Anlage eines rentablen Etablissements u. dgl. ermöglicht, lediglich zu dem gemeinen Werthe dieser Gegenstände zu rechnen, da ihre besonderen Eigenschaften einem **jeden** Besitzer schätzbar sind, und der sogenannte besondere Werth, als ein Bestandtheil des Interesse, sich nur in eigenthümlichen Verhältnissen in der Person des Besitzers und nicht in einer objectiven Besonderheit der Sache gründen kann.

Aus demselben Grunde ist der Nutzen einer Feuerspritze oder eines Geschützes noch nicht deßhalb ein außerordentlicher, weil dieselben nur für besondere Fälle: nämlich den der Feuersbrunst und den des Kriegs berechnet sind.

Gegenstände, die nur zu einem gewissen, besonderen und seltenen Gebrauche bestimmt sind, hören deßhalb noch nicht auf, einen gemeinen Nutzen zu haben, d. h. also für Jedermann in der bestimmten Art nutzbar zu sein[18].

II. Von tiefeingreifender Bedeutung für die ältere Theorie war ferner die Eintheilung in **interesse circa rem** und **extra rem**, oder intrinsecum und extrinsecum, directes und indirectes Interesse.

a. Die älteste Meinung bezieht dieselbe auf das **Object** des Interesse. Circa rem ist ihr das, was mit der Sache von selbst gegeben und seinen Grund in ihr hat, z. B. der Mehrwerth, den sie durch das Steigen der Preise erlangt, oder die Früchte.

Extra rem s. extrinsecum dagegen ist das von außen sich mit der Sache Verbindende[19]. Je nachdem diese Ver-

---

18) Koch a. a. O. läßt bei seiner Bestimmung des außerordentlichen Sachwerths den Unterschied zwischen der besonderen Eigenschaft der **Sache** und den besonderen Verhältnissen in der **Person** des Besitzers außer Augen.

19) gl. ad l. 13. D. A. E. V. v. **interfuit**, v. **quanto minoris**, v. **abstulit**. — Rainerius §. 41. — Bartolus §. 13. — Baldus §. 53.

bindung eine nähere oder entferntere ist, unterscheiden Manche bei dem extra rem noch ein proximum (z. B. die einem Sclaven deferirte Erbschaft) und ein remotum (z. B. der durch eine vortheilhafte Disposition mit der Sache zu erzielende Gewinn, oder der durch eine schlechte Beschaffenheit derselben entstehende Schaden)[20].

b. Den älteren französischen Juristen ist folgende Auffassung eigenthümlich: Sie beziehen die Eintheilung subjectiv auf das, was bei jedem Besitzer mit der Sache verbunden bleibt (circa rem), und das, was sich nur bei einem bestimmten Besitzer mit ihr verbindet (extra rem). Intra rem dicitur id, quod sequitur rem, penes quemcunque vadat, veluti si servus heres institutus sit; interesse extra rem dicitur, quod certam personam respicit, ut in tigno vitioso, cujus vitio domus emptoris periit; idem in lucro, quod quis facit tamquam mercator[21].

Wie schon Joh. Faber bemerkt hat[22], fällt diese Eintheilung mit der in interesse commune und singulare zusammen, und in der That führt Petrus de Bellapertica für beide Eintheilungen dieselben Beispiele an.

c. Eine dritte Meinung geht bei der Eintheilung von dem Causalzusammenhange aus und unterscheidet unmittelbares und mittelbares Interesse, jenachdem das Interesse eine unmittelbare (circa rem), oder eine mittelbare Folge (extra rem) der zum Ersatze verpflichtenden Thatsache ist, so daß res nicht die geschuldete Sache, sondern die geschuldete Leistung, das factum oder non factum debitoris, bedeutet.

Etwas abweichend sehen Manche bei Bestimmung des Causalzusammenhanges darauf, ob das Interesse (selbstverständlich als Schaden aufgefaßt) die nothwendige und un-

20) Seb. Sapia §. 40. — Rebuffus, arbor super interesse Litt. A. J. — Alciat §. 51.

21) cfr. Bartolus §. 14. — Petrus §. 10. cfr. Fumejus §. 22.

22) Breviarium in Cod. h. t. nr. 9.

vermeidliche Folge des beschädigenden Ereignisses ist oder nicht, und sprechen im ersteren Falle von einem interesse circa rem.

Dieser letzteren Meinung pflichten noch manche neuere Schriftsteller bei[23]. Sonst überwog die erstere Auffassung[24].

Auch rechtsphilosophisch ist die Eintheilung, wenngleich bis zur Entstellung, verarbeitet[25].

Es fehlt endlich nicht an Schriftstellern, welche die Beziehungen mischen und z. B. bei dem einen Gliede der Eintheilung den Causalzusammenhang, bei dem anderen die subjective oder objective Beziehung vor Augen haben[26].

d. Die lebhafte Opposition, welche sich seit dem 16. Jahrhunderte gegen die Eintheilung erhob[27], führte endlich zu einer Eintheilung nicht mehr des Interesse, sondern der Vortheile, welche den Inhalt des Interesse bilden. Man spricht nicht mehr von einem directen und indirecten Interesse, sondern von einem directen oder indirecten Vortheile, wie denn auch in der l. 21. §. 3. D. A. E. V., der Quelle der ganzen Terminologie, nicht von einem Interesse, sondern von einer utilitas, quae circa rem ipsam consistit, die Rede ist.

Auch in dieser Gestalt kehrt die dreifache Beziehung der

---

23) Contius, Opera p. 487. — Glück, Pand. IV. S. 443. 444. — Wening-Ingenheim, Lehre v. Schadensersatz S. 40. 281. 283. 279. — Malblanc, dissert. jur. de eo q. int. Tüb. 1801. p. 37.

24) Magnus, de eo q. i. cap. 7. (Begründer dieser Auffassung der Eintheilung). — Wehrn l. c. q. 394—96. — Göschen, Pandektenvorl. II., 2. §. 395. — Wening-Ingenheim, Civilr. §. 193. — v. Madai, Mora S. 386. — Koch, Recht der Ford. I. S. 306. zu Note 9. — v. Keller, Pand. §. 255. no. 2.

25) Hugo Grotius de J. B. et P. II. c. 21. nr. 10. — Daries, Instit. jurispr. univ. §. 337 sqq.

26) Hänel, Schadensers. S. 88. — Buchka, Einfluß des Processes I. S. 240—241.

27) Fumejus l. c. §. 21. — Molinaeus l. c. §. 12. — de Gast l. c. (Meerm. VI. p. 764). — Cujac. opp. X. p. 754.

Worte circa rem und extra rem: die objective, die subjective und die auf den Causalzusammenhang gerichtete, wieder.

Am häufigsten wird der Gegensatz objectiv gefaßt[28], seltener mit Beziehung auf den Causalnexus[29].

Sehr richtig hatte man erkannt, daß, da das Interesse seinem Begriffe nach alle von einer gewissen Thatsache wirklich abhängige Vortheile umfaßt, man, ohne diesen Begriff zu verlassen, nicht von einem beschränkten Interesse reden könne, d. h. einem Interesse, welches als wahres Interesse gelten, aber doch nicht alle in Wahrheit von der fraglichen Thatsache abhängige Vortheile umfassen soll.

Soll das interesse extra rem aber Vortheile umfassen, welche überhaupt in gar keinem Causalzusammenhange mit der verpflichtenden Thatsache stehen, so gehören diese überhaupt zu keinem, also auch nicht zu einem mittelbaren Interesse, und die Gesammtheit der mit der Thatsache wirklich zusammenhängenden Vortheile bildet überhaupt nur das einzig mögliche Interesse, nicht bloß ein unmittelbares Interesse.

Dagegen ist die Eintheilung, auf die das Interesse bildenden Vortheile bezogen, wenigstens formell richtig; doch knüpfen sich zu wenig practische Folgen daran, als daß man ihr eine technische Bedeutung beilegen könnte.

Sonach entbehren die Eintheilungen, welche auf lange in der Lehre vom Interesse einen fast beherrschenden Einfluß übten, ebensosehr der quellenmäßigen Begründung, als sie materiell werthlos und formell unrichtig sind.

Nach vielen und mühsamen Wandlungen ist man heute,

---

28) Donellus, Cap. XI. p. 855 sqq. tom. 9. vgl. Mommsen a. a. O. S. 269., der die Meinung des Donell nicht richtig auffaßt. — Cujac. X. p. 754. — Udalr. Huber, prael. jur. civ. Tom. I., lib. 4, 6. no. 9. — Struv, syntagma jur. civ. II. exerc. 44. no. 5. p. 640. — Berger, Oeconom. jur. III. 8. no. 14.

29) So Perez, prael. ad Cod. h. t. §. 5. — Thibaut, Pand. §. 275. — Seuffert, pract. Pandektenr. §. 67. Note 4.

zum Theil wenigstens, zur ursprünglichen Einfachheit und zu der Auffassung der Quellen zurückgekehrt.

Damit sind aber noch nicht die einzelnen Folgen beseitigt, welche die frühere Theorie zurückgelassen hat.

§. 3.
Leistung des Interesse.

Die practisch wichtigste Frage in der ganzen Lehre vom Interesse ist die nach der Interesseleistung.

Die älteren Schriftsteller beschäftigen sich hauptsächlich mit dem Umfange dieser Leistung. Erst in neuerer Zeit hat man eine durchgreifende Bestimmung der Gründe versucht, aus denen das Interesse gefordert werden kann.

I. Die Meinungen über den Umfang sind veranlaßt durch eine Reihe von Stellen, die bei dem unauflöslichen Widerspruche, in welchem sie anscheinend mit einander stehen, die verschiedensten Vereinigungsversuche erfahren haben.

Einerseits ergeben die l. 21. §. 3. D. de act. empti 19, 1. und die l. 19. D. de periculo 18, 6. ein Resultat, welches andererseits die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4., die l. 3. D. de in litem jurando 12, 3. die l. 118. §. 2. D. de V. O. 45, 1., sowie die l. 13. pr. §. 1. 2. D. de act. empti 19, 1. und die l. 45. D. de contr. empt. 18, 1. auf das Entschiedenste auszuschließen scheinen.

Während die l. 21. §. 3. cit. den Käufer bei nicht erfolgter Uebergabe auf die in der Sache selbst liegenden Vortheile, die utilitas, quae circa ipsam rem consistit, beschränkt wissen will, und umgekehrt die l. 19. cit. dem Verkäufer nur gesetzmäßige Zinsen zugesteht, wenn die Bezahlung des Kaufgeldes verzögert wird, Keiner von Beiden aber den weiteren Gewinn erhalten soll, den er durch vortheilhafte Geschäfte mit dem Kaufgelde oder der gekauften Sache hätte erzielen können, oder den Ersatz des Schadens, der ihm durch die Nichtleistung resp. Zögerung erwachsen ist — so werden ganz entgegengesetzt in der l. 2. §. 8. cit. und den anderen Stellen

die Ersatzansprüche des Gläubigers mit der weitesten Ausdehnung auf den entgangenen Gewinn zugelassen, und ihm ausdrücklich alle Vortheile zugesprochen, die er gehabt hätte, wenn die Leistung an dem bestimmten Orte oder zu dem bestimmten Zeitpunkte geschehen wäre, insbesondere auch der Gewinn aus vereitelten Handelsgeschäften, der Ersatz der Conventionalstrafen und Pfänder, die er verwirkt hat, weil ihn die ausgebliebene Zahlung an der Erfüllung eigener Verbindlichkeiten gehindert hat u. dgl. m.

Da die hier berücksichtigten, in den beiden ersten Stellen aber völlig ausgeschlossenen Vortheile gerade die Eintheilung in interesse circa rem und extra rem hervorgerufen hatten, so stellten sich die Meisten nun die Frage dahin: wann wird das directe, wann das indirecte Interesse geleistet? Andere glaubten, da in den angeführten Stellen mehrfach vom Handelsgewinne die Rede ist, daß der Schwerpunkt der Frage sei: wann der positive Schaden, und wann der entgangene Gewinn geleistet werde.

Noch andere hielten bei der Frage verschiedene Arten der Vortheile fest, da sie die verschiedenen Arten des Interesse verwarfen.

Im Folgenden wird hauptsächlich die erste Formulirung der Frage zu Grunde gelegt werden. Die übrigen werden daneben ihres Orts Berücksichtigung finden.

Eine abgesonderte Darstellung ist um so weniger geboten, als die practischen Folgen im Allgemeinen zusammenfallen.

Noch mehr gilt dies von den verschiedenen Beziehungen der Eintheilung in interesse circa rem und extra rem.

Dies vorausgeschickt, sind drei Partheien zu unterscheiden:

Die eine, welche das directe, die andere, welche das indirecte Interesse zur Regel nimmt, und die dritte, welche beide Arten gleichmäßig nebeneinander stellt und keine ausschließlich zur Regel macht.

Innerhalb der einzelnen Partheien selbst werden aber wieder die Voraussetzungen zu dem volleren oder beschränkteren Interesse verschieden bestimmt.

a. Die dritte Parthei ist die älteste.

Bis in das 16. Jahrhundert unterschied man allgemein zwischen den Fällen bloßer Nichterfüllung, in denen das directe, und Delictsfällen, sowie den Fällen einer fehlerhaften Leistung, wo das volle Interesse prästirt werden sollte — weil die Begehung einer widerrechtlichen Handlung schwerer, als die bloße Nichterfüllung einer Verbindlichkeit. Nur wenn ein bestimmter Ort oder Zeitpunkt der Leistung, oder eine bestimmte Person, der geleistet werden sollte, bezeichnet war, sollte auch in Fällen bloßer Nichterfüllung das volle Interesse zur Anwendung kommen.

Obwohl man sich daneben, nach dem Muster des Bartolus, noch in mancherlei anderen, mitunter höchst willkürlichen Distinctionen und Subdistinctionen gefiel, blieb doch die Unterscheidung zwischen non factum und malefactum die gemeinsame Grundlage[30].

Eine zweite Unterscheidung faßte im 17. und 18. Jahrhunderte, namentlich in Deutschland, Fuß. Sie bestimmt den Umfang der Interesseleistung nach dem Grade der eingetretenen Verschuldung: bei dolus und culpa lata, der meist die scientia und crassa ignorantia gleichgestellt wird, soll das volle und eigentliche Interesse, im Falle der culpa levis dagegen nur die rei aestimatio, resp. das directe Interesse, geleistet werden[31].

Hauptsächlich Molinäus war der Begründer dieser Unterscheidung. Er macht den Umfang der Interesseleistung von einer zwiefachen Voraussetzung abhängig.

---

30) gl. ad l. 13 pr. D. A. E. V. 19, 1. v. interfuit. — Petrus l. c. §. 12. — Rainerius §. 42. — Bartolus §. 17 sqq. — Bachovius van Echt in Treutler, Disput. II. 23.

31) Molinaeus §. 51. cfr. §. 48. 49. 52. — Huber, Praelect. I., 4. tit. 6. no. 9b., III., 22. no. 33. — Perez, Praelect. ad Cod. §. 19.

Erstens werde nur ein solcher Schaden ersetzt, der vorausgesehen werden konnte und gleichsam stillschweigend übernommen war.

So übernehme ein Handwerker schon durch den Betrieb seines Gewerbes allgemein und stillschweigend die Gefahr für allen aus der Fehlerhaftigkeit der von ihm gelieferten Arbeiten entstehenden Schaden, da sein Gewerbe es von selbst mit sich bringt, daß die von ihm zu liefernden Arbeiten gehörig und kunstgerecht beschaffen sein müssen.

Daher komme z. B. ein Zimmermann von selbst und ohne daß es einer besonderen Verabredung bedürfe, für allen Schaden auf, der entstehe, wenn ein Gebäude durch die Mangelhaftigkeit des von ihm dazu gelieferten Gebälkes einstürze; ebenso ein Gefäßhändler, wenn durch die Untauglichkeit der von ihm gelieferten Fässer Flüssigkeiten ausgelaufen sind.

Wogegen Jemand, der nur aus Gefälligkeit und ohne daraus ein Gewerbe zu machen, dergleichen hergab, nur im Falle eines dolus für den durch die Fehlerhaftigkeit der Sache oder Arbeit entstandenen Schaden zu haften habe.

Aber auch selbst ein Kunstverständiger hafte nicht über die Grenzen des ursprünglich bestimmten Zweckes hinaus, z. B. nicht dafür, daß die gelieferten Fässer zur Aufbewahrung von Wein untauglich waren, während sie nur zur Aufbewahrung von Bier dienen sollten und nur für diesen Zweck bestellt waren. Freilich, wenn sie auch hiezu nicht taugten, sollte soviel ersetzt werden, als der Schaden in dem Falle betragen würde, wenn die Fässer mit Bier gefüllt worden wären.

In derselben Weise entscheidet Molinäus den Fall, wo der Käufer ein für ein kleineres Gebäude bestimmtes Gebälk

— Henr. Cocceji, disp. XXI. de eo q. i. §. 13 sqq. — Lyncker, diss. de eo q. i. sect. 3. cap. 5. §, 11. — Berger, Oecon. jur. III., 8. no. 2. — Wehrn p. 394—96. 362. — Glück, Pand. IV. S. 447. — Göschen, Vorl. §. 496. — v. Keller, Pand. S. 499. — Anfänge schon bei: Albericus de Rosciate ad c. unic. C. h. t. no. 18 sqq.

auf eigene Hand zu einem größeren verwendet, und jenes für diesen Zweck unzureichend ist.

Ebensowenig begreife die Haftung für den Einsturz eines Hauses den an den im Inneren desselben befindlichen Möbeln entstandenen Schaden in sich, da diese herausgeschafft werden konnten und der Schaden außer der Berechnung lag.

Die l. 21. §. 3. D. de act. empt. wird aus demselben Gesichtspunkte erklärt.

Dies die Erfordernisse, welche Molinäus zunächst an die Natur des zu ersetzenden Schadens stellt.

Erst als zweites Moment zieht er die Grade der eingetretenen Verschuldung in Betracht, und bestimmt für den Fall des dolus und im Allgemeinen auch der culpa lata das interesse extrinsecum, für den Fall der culpa levis das interesse intrinsecum[32].

Die Unterscheidung nach Graden des Verschuldens wird auf die Erwägung gestützt: daß der dolus keine Schonung verdiene und ein niederer Grad der culpa nicht mit gleicher Strenge, wie ein höherer, behandelt werden müsse. Sie wurde angeregt durch die cst. unic. C. h. t. 7, 47., bei der es streitig war, ob die dadurch eingeführte Beschränkung des Interesse bei Delicten ebensosehr, wie bei Contracten, und bei der culpa ebenso, wie bei dem dolus Anwendung finde.

Die Ausführungen des Molinäus werden von vielen späteren Schriftstellern in dieser Frage zu Grunde gelegt.

Einen selbstständigen Weg schlug Schömann[33] ein. Ohne dem Grade des Verschuldens irgendwelchen Einfluß auf den Umfang der Interesseleistung einzuräumen, unterscheidet er, auf Grund der l. 22. pr. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. und der l. 21. §. 3. D. de A. E. V., ob es sich um Etwas handele, das man bereits hat, oder um Etwas, das man erst zu fordern hat. Nur der Eigenthümer könne vollen Ersatz

32) Molinaeus, §. 60. 63. 92.; §. 178. 179.; §. 154. 158.

33) Lehre vom Schadensersatze II. S. 123. 124.

für jede ihm vereitelte Disposition verlangen, da ihm kraft seines Rechtes die völlig freie Verfügung über die Sache zustehe, und Niemand ihn darin hindern dürfe, wogegen der Gläubiger nur den Sachwerth, allenfalls mit den etwaigen Accessionen u. dgl., verlangen könne, auf Anerkennung seiner vorläufigen Dispositionen aber keinen Anspruch habe.

Diese Unterscheidung befriedigt nicht. Da die Erwartung des Gläubigers, die Sache geleistet zu erhalten, eine berechtigte ist, muß ihm der Schuldner auch Ersatz leisten, wenn er diese Erwartung und mithin die in derselben vom Gläubiger getroffenen Dispositionen vereitelt.

Die Unterscheidung nach den Graden des Verschuldens aber ist nicht quellenmäßig, und beruht überdies auf einer falsch verstandenen Gerechtigkeit. Ist einmal ein Grad des Versehens rechtlich zu vertreten, so muß er auch in seinem vollen Umfange und in allen seinen Consequenzen vertreten werden, gleichviel, ob er ein höherer oder geringerer ist. Man würde sonst den Beschädigten in seinem wohlbegründeten Rechte verkürzen. Es genügt, daß bei Abmessung der zu vertretenden Grade der Schuld selbst Recht und Billigkeit maßgebend sind. Nur für das Strafrecht hat es seine Berechtigung, nicht alle Grade der Schuld mit gleichem Maße zu messen.

Imgleichen muß der Schuldner sämmtliche Folgen seiner Handlung vertreten, und nicht bloß die, welche vorausgesehen werden konnten, da eben für die Handlung selbst eingestanden wird, und diese alle ihre Folgen in sich schließt.

Endlich machen auch die Quellen keinen Unterschied, ob der Verkäufer einer fehlerhaften und deßhalb schädlich gewordenen Sache Gewerbtreibender ist oder nicht, und der Käufer gründet daher auch seine Interesseforderung nicht auf den Gewerbebetrieb des Verkäufers, sondern auf den speciellen Fall des Kaufs und die dabei obwaltenden näheren Umstände. cfr. l. 13. l. 45. D. A. E. V.

b. Die Distinctionen der älteren Schriftsteller, insbe-

sondere das wissenschaftliche Verfahren des Bartolus in dieser Frage, erfuhren schon durch Berengarius Paulachus eine wohlverdiente Kritik[34]. Man drängte immer mehr und mehr nach einer einfachen Lösung.

So entstanden die Ansichten, welche einfach das directe Interesse als Regel hinstellen, und das indirecte nur in einzelnen Ausnahmefällen, namentlich bei Delicten, in den Fällen einer ausdrücklichen Zeit- und Ortsbestimmung für die Leistung und bei einer adjecta persona zugelassen wissen wollten[35]. Man nahm dabei an, daß dergleichen ausdrückliche Bestimmungen ohne die Bedeutung, den Ersatz auch des mittelbaren und entfernteren Schadens zu begründen, als nutzlos und überflüssig bezeichnet werden müßten, und ihnen daher der Sinn einer ausdrücklichen Uebernahme jenes Schadens beizulegen sei[36].

Nach der Verschiedenheit der Terminologie setzen Manche in dieser Frage statt des directen Interesse die utilitas circa rem[37] oder das damnum emergens[38] als Regel, und den

34) l. c. §. 118.: Bartolus post veteres unam longam distinctionem fecit, cujus magnam partem a glossa more suo accepit pauca addendo. Et hucusque hujus rei veritas latuisse videtur; nos autem regulam cum nonnullis appositionibus conjiciemus, ex quarum dissolutione limitationes regulae erunt. Extrinseci interesse non habetur regulariter ratio.

35) Berengar. Paulach. §. 118. §. 124. 125. — Sebast. Sapia §. 47. — Fumejus §. 36. 39 sqq.

36) Fumejus l. c. „ut et lucrum aestimetur — — ne frustra nominatim et expresse locus solutionis adjectus sit, quem non est verisimile ex sola verborum abundantia additum".

37) Donellus, cap. XI. p. 862. — Magnus l. c. — Contius l. c. — de Gast l. c. (Meermann VI. p. 764). — Scipio Gentilis, de eo q. i. th. 4 sqq. — Vinnius, select. juris quaest. II. c. 38. — Voet, Comm. ad D. 45, 1. §. 9. — Etwas modificirt bei Puchta, Pand. §. 246. und bei Hänel, Schadensersatz §. 82. 83., der ausnahmsweise bei dem Kaufe nur den Sachwerth, als Regel aber das directe Interesse (extra rem prox.) berücksichtigt.

38) cfr. Gaill, observ. II. 6. in f.

indirecten Nutzen oder den entgangenen Gewinn als Ausnahme.

Vereinzelt ist es, wenn Einige das indirecte Interesse nur ausnahmsweise für Handelsleute[39] oder für die pecunia trajecticia[40] oder für Geldschulden[41] zulassen wollen. Als Regel betrachten jedoch auch diese Schriftsteller das interesse circa rem, resp. die utilitas circa rem.

Die schwächste Seite ist bei allen diesen Meinungen die Erklärung der Ausnahmen. Es ist offenbar willkürlich, in einer bloßen Zeit- oder Ortsbestimmung die erklärte Uebernahme eines Schadens finden zu wollen, und kein Grund, daß bei Geldschulden, beim Kaufe u. dgl. hinsichtlich des Interesse Etwas Anderes, als bei anderen Geschäften gelten solle. Es fehlt endlich auch an jedem quellenmäßigen Anhalt für die Meinung, daß durch eine Warnung an den Schuldner, daß von der Erfüllung seiner Verbindlichkeit außergewöhnliche Vortheile abhängen, der Ersatz des indirecten Interesse begründet werden solle[42].

c. Die heutzutage herrschende Meinung nimmt daher umgekehrt das volle und unbeschränkte Interesse zur Regel, und kennt einen Ersatz des Sachwerths nur in einigen bestimmt begrenzten Fällen, so, wenn derselbe unmittelbar durch Vertrag oder Gesetz bestimmt ist oder bei Nichterfüllung der Obligation dem Schuldner keine culpa zur Last fällt, z. B. wenn der Erbe eine legirte fremde Sache nicht anschaffen kann[43].

---

39) Christianeus, V., 1. ad D. 21. §. 3. cit. no. 7. — Brunnemann, Comment. ad D. de eo q. certo loco l. 2. §. 8. no. 4. — cfr. Wehrn, §. 63. not. 1.

40) Cujac. ad d. l. 2. §. 8.

41) v. Madai, Mora S. 383.

42) So Pfeiffer, Vermischte Aufsätze, Nr. V. S. 232. Dazu die treffende Widerlegung von Schömann, a. a. O. S. 137—140.

43) Anfänge dieser Meinung bei: Joh. Faber, Breviarium in Cod. ad l. unic. h. t. no. 10. „verius videtur, quod semper veniat extrin-

Auch den Anhängern dieser Meinung ist es nicht gelungen, den Widerstreit der Quellen zu lösen und dadurch die aufgestellte Regel fest zu begründen.

Man nimmt an, daß die schwierige l. 21. §. 3. cit. und die l. 19. cit. nicht überhaupt den Gewinn ausschließen, den der Käufer mittelbar durch die erkaufte Sache oder der Verkäufer mit dem bedungenen Kaufgelde hätte erlangen können, sondern nur den Gewinn, der nicht wirklich zu machen, sondern nur möglich war und sich in Wahrheit gar nicht dargeboten hatte, der also auch mit der Nichterfüllung der Obligation sich in keinem ursächlichen Zusammenhange befindet.

Allein die l. 21. §. 3. und l. 19. cit. sprechen ganz bestimmt von einem wirklich eingetretenen Schaden — dem Tode der Sclaven! — und von einem wirklich entgangenen Gewinne. Gewinn und Schaden werden fast in denselben Ausdrücken beschrieben, als in der l. 2. §. 8. cit. Wie in dieser letzteren müssen die Anhänger jener Meinung auch in den beiden ersteren Stellen die Annahme eines wirklichen Schadens gelten lassen.

Schon Donell hat darauf aufmerksam gemacht, daß es ein und derselbe Schade sei, der in der l. 21. §. 3. ausgeschlossen und in der l. 2. §. 8. cit. zugelassen werde[44].

Zweifellos steht auch der Causalzusammenhang fest, da es ausdrücklich heißt: ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laborav(er)it.

Vollends versagt die l. 19. jede Berücksichtigung des mittelbaren Gewinnes: der Käufer, der mit der Bezahlung

---

secum, quod est certum et verisimile". — Alciat l. c. §. 79. 92., welcher beim Kaufe wieder eine Ausnahme macht. Ebenso Wolff, Mora S. 450 flgd. — Im Uebrigen s. Seuffert, pract. Pandektenr. §. 236. Note 5. — v. Vangerow, Pand. §. 571. Note 3. — Mommsen, Beitr. II. S. 66 flgd. S. 89 flgd. S. 292. 296.

44) Donellus, cap. X. p. 857: si qui sunt, qui id negent, ii neque mihi quid dicant, attendere videntur et satis ex iis, quae supra diximus, refelluntur!

des Kaufgeldes zögert, ist schlechterdings nur zur Erstattung von Zinsen verpflichtet („usuras duntaxat praestabit“).

Es heißt mit den Begriffen spielen und die Grundsätze der Exegese auf den Kopf stellen, wenn man dennoch durch diese Stelle den indirecten Gewinn in dem fraglichen Falle nicht für ausgeschlossen erachten will.

Weder Ulpian, noch Paulus, noch Hermogenian beschäftigen sich in den angeführten Stellen mit den speciellen Voraussetzungen und Erfordernissen des Ersatzanspruches. Sie wollen keinen Klagelibell aufsetzen. Sie wollen Rechtssätze entwickeln und nehmen die factischen Voraussetzungen einfach als feststehend an. — So besteht der Widerspruch der Stellen nach wie vor. Vergebens hat man in den verschiedensten Richtungen nach einer Lösung gesucht.

Die Geschichte der Meinungen lehrt an mehr als einer Stelle, daß das goldene Zeitalter der Exegese, sowie der Rechtswissenschaft überhaupt, noch nicht vorüber ist; Alles in Allem hat dasselbe kaum einmal begonnen. —

Die einzelnen von der neueren Theorie festbegrenzten Fälle des Sachwerths haben mit der Lehre vom Interesse keinen inneren Zusammenhang. Ob in einem Falle der Sachwerth oder das Interesse zu leisten, bestimmt sich lediglich nach der Natur des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses.

Das Wesen des Interesse erheischt keineswegs, daß dieses überall, wo es sich um eine Ersatzleistung handelt, den Gegenstand derselben bilden müßte. Jene Fälle gehören daher nicht in die Lehre vom Interesse, sondern in die allgemeine Lehre vom Gegenstande der Geschäfts- und Delicts-Obligationen. —

Bei der überwiegenden Bedeutung, welche man der Frage nach dem Umfange der Interesseleistung beilegte, wurden

II. die Gründe und Voraussetzungen der Interesseleistung gewissermaßen in den Hintergrund gedrängt.

Viele Schriftsteller gehen entweder gar nicht oder doch nur sehr beiläufig darauf ein[45].

a. Die ältere Meinung unterscheidet, ob das Interesse unmittelbar Gegenstand der Klage ist, oder ob es erst in der Executions-Instanz eintritt: An venit interesse in judicium jure actionis, an per officium judicis?

Die unmittelbare Einklagung des Interesse hatte — wo nicht schon, wie bei Delicten, die Obligation von selbst auf das Interesse gerichtet war — keine andere Voraussetzung, als die Mora des Schuldners oder auch die bloße Nichterfüllung der Obligation, so daß mit dem Eintritte dieser Voraussetzungen der ursprüngliche Gegenstand der Obligation von selbst fortfiel und diese sich ohne Weiteres in das Interesse auflöste.

Wo dagegen das Interesse erst in der Executions-Instanz Platz griff (per officium judicis), mußte die Klage auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation vorausgegangen und die Naturalexecution fruchtlos ausgefallen sein.

Im Allgemeinen nahm man an: daß bei den obligationes faciendi das Interesse, bei den obligationes dandi die Sache selbst der unmittelbare Gegenstand der Klage sei.

Zu den obligationes faciendi rechnete man auch die auf ein tradere, restituere und praestare (als facta mixta) gerichteten Obligationen.

Andererseits nahm man von den obligationes dandi diejenigen aus, welche eine ausdrückliche Zeit- oder Ortsbestimmung oder eine persona adjecta enthielten, weil hier der Wille der Contrahenten stillschweigend auf das Interesse gerichtet, und dieses also der eigentliche Gegenstand der Obligation sei, und ferner die Innominat-Contracte, weil diese, wie in ihrer Eingehung, so auch in ihrer Fortdauer unvollkommener Natur seien, und daher nicht ihren ursprünglichen

45) cfr. Sebastianus Sapia, Alciat, Berengarius Paulachus §. 183. Fumejus, cap. 5.

Gegenstand behielten, sondern schließlich in das Interesse übergingen. In diesen Fällen sollte also, wie bei den obligationes faciendi, das Interesse unmittelbar Gegenstand der Klage sein[46].

Die l. 68. in fin. D. de rei vind. 6, 1. machte wenig Schwierigkeit, da man sie allgemein auf einen Fall bezog, wo bereits das Urtheil auf Herausgabe der Sache gefällt war, und es sich nur noch um die Execution handelte[47].

Sogar beim Kaufe betrachteten die Meisten auf Grund der l. 1. pr. D. de A. E. V. das Interesse als unmittelbaren Gegenstand der Klage[48], wogegen Andere die Fälle des tradere und restituere den obligationes dandi gleichstellten[49], und auch keinen Unterschied zwischen Nominat- und Innominatcontracten machten[50].

Diese Theorien herrschten das ganze Mittelalter hindurch bis in die neuere Zeit hinein[51].

Selbst Donell steht noch ganz unter dem Einflusse derselben[52].

Die sonstigen damit zusammenhängenden Fragen: inwiefern Handlungen erzwingbar oder ob die ursprüngliche Leistung durch die Interesseleistung aufgehoben werde oder neben dieser alternativ oder cumulativ fortbestehe, sind ohne

---

46) Bartolus ad C. h. t. in fine: si ego reperio ad obligationes dandi talem rem, in qua sit eadem ratio, quam in facto, succedit ibi obligatio ad interesse, sicut in faciendi obligationibus. — Rainerius §. 49.: cum ista stipulatio (alteri dare) concipiatur super facto, videtur continere tacite interesse et sic simpliciter tenere debet.

47) Rainerius §. 50.

48) Rainerius §. 3.: si (interesse) est in obligatione ut D. de A. E. V. l. 1. pr.

49) z. B. Dynus, Jacobus de Aretia, Syllimanni, Innocentius.

50) z. B. Petrus de Bellap. §. 13.

51) gl. ad C. h. t. v. contractibus in f. — Rainerius §. 3. 5. 49 sqq. Berengar. Paulach. §. 183.

52) Donellus, cap. 1. §. 2.

practische Bedeutung und wurden auch meist als Nebensache behandelt[53].

b. In der neueren Theorie faßt man seit dem 17. und 18. Jahrhunderte dolus, culpa, mora und contumacia als die allgemeinen Gründe des Schadensersatzes zusammen[54]. — Ob die bloße Nichterfüllung schon an sich genüge, um die Leistung des Interesse zu begründen, oder ob es dazu noch einer culpa bedürfe, war controvers. Diejenigen, welche sich für die letztere Alternative entscheiden, betrachten es jedoch schon als eine culpa, wenn Jemand Etwas verspricht, was er später zu erfüllen nicht im Stande ist[55].

Neuere Schriftsteller sind beflissen, aus dem ganzen Gebiete des Obligationenrechts die Fälle, in denen ein Interesse geleistet wird, zusammenzustellen, und gelangen dabei zu haltlosen und unfruchtbaren Abstractionen. Die Aufzählungen Hänel's (a. a. O. S. 11) und Wening-Ingenheim's (Lehre v. Schadensersatze) liefern den sprechendsten Beleg dazu[56].

Eigenthümlich hat in neuester Zeit v. Keller, Pandektenvorl. §. 249., die Gründe des Schadensersatzes construirt. Bei Delicten beruhe der Schadensersatz auf der Verletzung einer allgemeinen Bürgerpflicht, bei Beschädigungen innerhalb der Contractsfälle auf der Verletzung einer besonderen Vertragspflicht.

Neben der Hauptleistung sei nämlich der Schuldner noch „zu einer gewissen Handlungsweise, einer gewissen Sorge und Rücksicht für das Interesse des Anderen in der durch die

53) cfr. Bartolus ad C. h. t. in fin.

54) z. B. Vultejus, Jurispr. Rom. I. c. 44. p. 236. Berger, Oeconom. jur. III., 8. no. 14: causa est vel mora vel dolus aut culpa singularis debitoris. — Schömann, II. S. 1. — Thibaut, Pand. §. 277.

55) Hänel, S. 73. 74. Selbst noch Seuffert, Pandektenr. §. 236. (Note 1).

56) Aehnlich Seuffert, pract. Pandektenr. §. 235.

Obligation gegebenen Beziehung" verpflichtet. Die Pflicht habe hier einen mehr positiven, bei Delicten einen mehr negativen Charakter.

—— Eine gesunde Theorie muß es ablehnen, die Gründe des Schadensersatzes und der Interesseleistung besonders zu classificiren und zusammenzustellen. Das Interesse ist in dieser Anwendung nur Object der Obligation. Der Entstehungsgrund einer Obligation hat aber keinen innerlichen Zusammenhang mit dem Objecte, da nicht das Object für die Entstehung, sondern viel eher umgekehrt, die Entstehung für das Object der Obligation bestimmend ist.

Eine jede Zusammenstellung der Obligationen oder ihrer Entstehungsgründe nach dem Objecte wäre daher eine rein äußerliche, und die Frage: wann wird das Interesse geleistet, nicht mehr berechtigt, als etwa die Frage, wann ein Haus oder ein Pferd geleistet wird.

Im Einzelnen sollte man darüber im Klaren sein, daß es zur Interesseleistung im Falle der Nichterfüllung der Obligation auf eine culpa des Schuldners nicht ankommen kann.

Die Leistung des Interesse beruht vielmehr in diesem Falle lediglich auf gesetzlicher Vorschrift und Nothwendigkeit. Nach classischem Rechte begründete schon die bloße Nichterfüllung der Obligation die Interesseleistung, während diese nach heutigem Rechte erst eintritt, wenn die gesetzlichen Zwangsmittel erfolglos geblieben sind, oder der Gläubiger auf dieselben verzichtet.

Die culpa wirkt nur mittelbar für die Interesseleistung, indem sie unmittelbar, bei Unmöglichkeit der Leistung, die Obligation perpetuirt, und vom Interesse nur die Rede sein kann, wenn die Obligation fortdauert[57].

Unjuristisch ist endlich bei Delicten und in den Fällen

---

57) Mommsen, a. a. O. S. 64—66. 139. verkennt diesen mittelbaren und unmittelbaren Einfluß der culpa, indem er von einem Causalnexus zwischen culpa und Nichterfüllung bei der Interesseleistung spricht.

der außeraquilischen culpa die Annahme einer allgemeinen Bürgerpflicht gegen Jedermann, und einer speciellen Vertragspflicht gegen den anderen Contrahenten.

Es sind Gebote der Moral, nicht zu tödten, nicht zu stehlen, einen Anderen nicht zu betrügen, nicht zu beschädigen; und eine Regel der Lebensweisheit ist es, in den Geschäften des bürgerlichen Lebens die nöthige Aufmerksamkeit anzuwenden.

Das Recht befaßt sich mit derlei Vorschriften nicht! Nur bei Völkern, denen Recht und Moral ineinanderfließen, ist das Recht ein System sittlicher Pflichten. Das Recht hat keinen Präventiv-Charakter, sondern wirkt durch Strafen und schreitet erst ein, wenn das Delict begangen ist.

Grund des Schadensersatzes, wie der Strafe, ist daher das Delict an sich selbst, die culpose Handlung als solche, nicht aber die etwa darunter verborgene Verletzung einer allgemeinen Bürgerpflicht oder einer besonderen Pflicht zur Aufmerksamkeit und Gewissenhaftigkeit.

Wenn es heißt, der Schuldner hafte für dolus oder einen bestimmten Grad der culpa, so bedeutet dies nur, daß er im Falle derselben für den verursachten Schaden verantwortlich ist. Es werden damit nur die Grenzen angedeutet, bis zu denen sich seine Haftung erstreckt. Keineswegs aber ist die Obligation selbst nebenher darauf gerichtet, daß er rechtlich und redlich handeln und sich einer gewissenhaften Fürsorge und Rücksichtnahme für das Interesse des Anderen befleißigen soll.

Der indirecte Zwang, daß er bei etwaigem dolus oder culpa für den Schaden haftbar ist, genügt.

Nicht einmal Obligationen, die ihrer Natur nach die Anwendung einer Fürsorge und Obhut in sich schließen, wie z. B. Depositum und Commodat, haben zu ihrem Gegenstande, daß der Schuldner nicht dolose, nicht culpose handeln soll. Ein Klagerecht ist erst vorhanden, wenn ein dolus oder eine culpa begangen ist.

Es ist sonach die Rechtsverletzung, nicht eine Pflichtverletzung, welche den juristischen Charakter des Delicts und den Grund des Schadensersatzes bildet.

§. 4.
Berechnung des Interesse.

Die Berechnung des Interesse macht sehr oft eine Schätzung nöthig. Ein Gegenstand der lebhaftesten Controverse ist der Zeitpunkt dieser Schätzung.

Zwar wenn die Obligation selbst auf den Werth einer Sache oder ein Interesse gerichtet ist, ist der der Berechnung zu Grunde zu legende Zeitpunkt nicht zweifelhaft. Der Zeitpunkt dient hier zur Bestimmung des Gegenstands der Obligation und ist daher in Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher oder vertragsmäßiger Bestimmungen lediglich nach der Natur der Obligation und beziehungsweise dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten zu ergänzen. In diesem Sinne sieht die l. 28. D. de novationibus bei dem stipulirten Werthe eines Grundstücks auf die Zeit der Stipulation, und die l. 37. D. mandati bei dem Regresse des Bürgen auf die Zeit, wo er für den Schuldner die versprochene Sache geleistet hat. Bei den Delicts-Obligationen ist der Zeitpunkt der Schätzung meist gesetzlich fixirt.

Der vom Glossator Azo über diese Fälle angeregte Streit ist längst abgethan[58].

Ebenso ist kaum ein Zweifel, wenn für die Obligation die Erfüllungszeit ausdrücklich bestimmt war. Fast sämmtliche Schriftsteller nehmen auf Grund der l. 22. D. de rebus cred. l. 4. D. de condict. trit. l. 11. D. de re jud. l. 59. de V. O. übereinstimmend an[59], daß für die Schätzung hier der etwa festgesetzte Erfüllungstag oder der durch den Eintritt

---

58) gl. ad l. 3. D. commodati v. quanti.

59) Vgl. Glück, 13. S. 282. Gekünstelt ist die Ansicht von Ant. Faber, Conject. XVI. cap. 6.

einer gestellten Bedingung oder durch die Natur der Leistung gegebene Zeitpunkt maßgebend sei.

Eine Schwierigkeit bot nur die l. 22. D. de O. et A.: Cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit: ejus temporis aestimatio est praestanda, quo satis accepit.

Sehr willkürlich supponiren hier die namhaftesten Interpreten, daß der Schuldner sich in Mora befunden, durch die Stellung des Bürgen aber diese purgirt und eine neue Zahlungsfrist erwirkt habe, d. i. das tempus, quo satis accepit creditor[60].

Die Stelle enthält keine Andeutung einer Mora. Sie besagt einfach nichts Anderes, als: das von dem Bürgen zu leistende Interesse sei, in dem angegebenen Falle, nicht etwa nach dem Tage zu berechnen, an welchem der Hauptschuldner zu leisten hatte, sondern nach dem Tage, zu welchem der Bürge sich speciell verpflichtet hat.

Der Bürge ist zu einem anderen Tage, als der Hauptschuldner obligirt, wie in den Fällen der l. 6. §. 1. l. 8. §. 7. l. 16. §. 5. D. de fidejussoribus 46, 1. So ist also auch nach der l. 22. cit. der ausdrücklich bestimmte Erfüllungstag für die Berechnung maßgebend.

Der bestrittenste Fall ist der, wo eine bestimmte Erfüllungszeit nicht vorgeschrieben ist.

Nach der l. 3. §. 2. D. commodati 13, 6. in Uebereinstimmung mit der l. 22. D. de reb. cred. l. 4. D. de condict. trit. und l. 37. D. mandati soll hier bei bonae fidei judiciis die Zeit des Urtheils, bei stricti juris judiciis dagegen die Zeit der Litiscontestation für die Schätzung maßgebend sein. Dagegen sieht die l. 3. D. de condict. trit. bei einer Klage, die allgemein für stricti juris gilt, der condictio triticaria, bei der Schätzung auf die Zeit des Urtheils, resp. des etwa bereits erfolgten Untergangs der Sache oder der vorangegangenen Mora.

60) S. Glück, a. a. O. S. 281.

Wie in anderen Fragen dieser Lehre, so giebt sich auch bei der Lösung des Widerspruchs dieser Stellen die größte Zerfahrenheit der Ansichten kund. Willkürliche Suppositionen wechseln mit bodenlosen Unterscheidungen ab, so lange, bis sich eine ernstliche Lösung der Frage von selbst unabweislich aufdrängt.

Es ist der Fehler der älteren Theorie, daß sie, anstatt den Schwierigkeiten entgegenzugehen, nur auf Auswege sinnt, ihnen auszuweichen. Dadurch wird die Entscheidung der wichtigsten Fragen um Jahrhunderte verzögert, und man befindet sich erst da an dem Anfange, wo man am Ende sein sollte.

1. Zu den Schriftstellern, die durch willkürliche Suppositionen zu helfen suchen, gehört hauptsächlich Bartolus.

Den in der l. 3. §. 2. commodati allgemein ausgesprochenen Unterschied zwischen bonae fidei und stricti juris judiciis will er einzig und allein auf den Fall einer Schätzung durch juramentum in litem beschränken. Bei b. f. jud. soll auf die Zeit des Urtheils, bei stricti juris jud. auf die der Litiscontestation, resp. der vorhergegangenen Mora gesehen werden, weil bei den b. f. jud. der Schätzungseid ein jusjurandum affectionis sei, auf einem dolus des Schuldners nach gefälltem Urtheile beruhe, und die subjectiven Gefühle des Schwörenden zum Maßstabe der Schätzung mache; bei den stricti juris jud. dagegen sei der Schätzungseid ein jusjurandum veritatis, d. h. er gehe auf den wahren Werth der Sache und setze einen dolus oder eine Mora des Schuldners vor ergangenem Urtheile, verbunden mit einer Unmöglichkeit oder Schwierigkeit des Beweises, voraus. Das juramentum veritatis beziehe sich auf den Werth der Sache zu einer Zeit, wo sie noch wirklich existirte, auf das „quanti res fuit", l. 3. D. de in litem jurando, das juramentum affectionis dagegen auf eine Zeit, wo sie nicht mehr vorhanden ist, auf das „quanti res est", den Werth, den sie haben würde, wenn sie noch existirte, l. 3. §. 2. D. commodati, l. 18. §. 1. D. de dolo, l. 68. D. de rei vindicatione.

Außer dem Falle eines juramentum in litem ließ Bartolus keinen Unterschied in Ansehung der Schätzungszeit zwischen bonae fidei und stricti juris judiciis, sondern ausschließlich die Zeit der Mora gelten, und zwar sollte der höchste Werth der Sache in der Zwischenzeit vom Beginne der Mora an bis zum Urtheile geleistet werden. Selbst der Mehrwerth der Sache nach dem Urtheile sollte berücksichtigt werden, wenn der Schuldner grundlos appellirt hatte, oder nach Ablauf der ihm zur Erfüllung des Urtheils gesetzten viermonatlichen Frist sich in einer neuen Mora befand.

Diese Ansicht des Bartolus und namentlich seine Annahme zweier Arten des juramentum in litem ist so oft und so gründlich widerlegt worden, daß es einer Wiederholung nicht bedarf[61]. Es genüge, seine Meinung im Zusammenhange dargestellt zu haben. Dieselbe hat noch bis in die neuere Zeit zahlreiche Anhänger gefunden.

Wie Bartolus, suchte Azo[62] den Widerspruch der Stellen durch willkürliche Voraussetzungen zu beseitigen, indem er den Unterschied zwischen b. f. und str. j. jud. nur für den Fall der culpa gelten ließ, im Falle des dolus dagegen auch bei stricti juris jud. den höchsten Werth der Sache in der Zeit vom Beginne der Mora bis zur Sentenz berücksichtigte. Daher die Entscheidung in der l. 3. D. de condict. triticaria. Die l. 3. §. 2. D. commodati setze bloß culpa voraus, da sie zuerst von dem juramentum in litem, welches dolus erfordere, hernach aber von der Schätzung des wahren Sachwerths rede, dieser aber nur culpa voraussetze.

2. Eine andere Reihe von Schriftstellern findet die Lösung nicht sowohl in der Verschiedenheit der Voraussetzungen, als in der Verschiedenheit des Gegenstandes der Obligationen.

---

61) S. besonders Ant. Faber, Conj. XVI. c. 1. Glück, Pand. 13. S. 274.

62) cfr. gl. ad l. 3. §. 2. cit. v. quanti.

Joannes Bassianus und Accursius gehen davon aus: daß Früchte und Zinsen bei bonae fidei judiciis vom Zeitpunkte der Mora, bei stricti juris judiciis, sofern es sich um einen dem Kläger noch nicht gehörigen Gegenstand handle, aber erst vom Zeitpunkte der Litiscontestation zu leisten seien.

Daher wollen sie auch den in der l. 3. §. 2. cit. gemachten Unterschied nur auf die Schätzung der Accessionen, keineswegs aber auf die Schätzung des Hauptgegenstands bezogen wissen. In Ansehung des letzteren sollte vielmehr, mag er in einer species, einer quantitas oder, wie bei den obligationes faciendi, in dem Interesse bestehen, durchweg der höchste Werth der Sache in der Zeit vom Beginne der Mora, resp. in Ermangelung einer solchen, von der Litiscontestation an bis zum Urtheile maßgebend sein, vorausgesetzt, daß die Mora des Verklagten nicht durch eine Mora des Klägers purgirt worden[63].

Diese Meinung war die herrschende der älteren Zeit.

Andere unterschieden zwischen Quantitäten und individuell bestimmten Sachen, und betrachteten für erstere die Zeit der L. C., für letztere die des Urtheils als maßgebend[64]. Ueber die l. 3. §. 2. cit. halfen willkürliche Suppositionen hinweg. So nimmt de Gast[65] ohne Weiteres an, die Stelle verstehe unter der stricti juris actio einen Darlehnscontract; das mutuum aber gehe auf Quantitäten, wie das commodatum hauptsächlich auf species; es werde also eigentlich nur zwischen Quantitäten und Species unterschieden. Die Lesart der Florentina: bloß stricti juris statt: stricti juris judiciis corrigirt er zu diesem Zwecke in stricta juris sc. actione, d. i. die condictio ex mutuo.

---

63) gl. ad l. 3. D. de condict. trit. v. morae.

64) So besonders Donellus, Comment. ad Dig. lib. XII. tit. 1. l. 22. no. 5. 19. 21—26. XIII., tit. 3. l. 3. no. 12. 13. 25.

65) de Gast in Meerm. VI. p. 766.

Schon Irnerius und Hugo hatten den vorstehenden Unterschied aufgestellt[66].

Alciat nahm bei dem dare einer certa species ohne Unterschied der Contractsart die Zeit des Urtheils als entscheidend an, beziehungsweise die Zeit der Mora, wenn diese zu einer höheren Schätzung führt; sonst — bei einem facere und dem dare von Sachen außer species — soll bei stricti juris jud. die Zeit der L. C., bei bonae fidei jud. die Zeit des Urtheils beachtet werden, bei den letzteren mit einem Wahlrechte des Klägers zwischen dem Zeitpunkte der Mora oder der Sentenz, gemäß der l. 3. §. in hac D. commodati[67].

In neuerer Zeit sehen besonders Glück (Pand. 13. S. 283 flgde) und Mühlenbruch (Lehrb. der Pand. §. 365. S. 305.) auf den Gegenstand der Leistung. Bei genus sei durchgehends der Zeitpunkt der Litiscontestation, resp. der außergerichtlichen Mahnung, bei einer species aber je nach der Art des Contracts die Zeit des Urtheils, resp. der L. C. maßgebend. Im Falle einer Mora aber soll, wie bei der condictio furtiva, der höchste Werth der Sache in der Zeit vom Beginne der Mora bis zum Urtheile zu erstatten sein. Bei mora accipiendi nach Glück S. 297. jedoch nur der geringste Werth seit der Zögerung.

v. Madai (Mora S. 327—330.) hat diese Ansichten treffend widerlegt.

Neuerdings hat Büff[68] die Unterscheidung zwischen Quantitäten und Species wieder aufgenommen. Er kommt zu dem scheinbar sehr einfachen Satze: es sei der höchste Werth zu leisten, den die Sache vom Momente der Lieferungszeit bis zu dem der Erlöschung der Verbindlichkeit, insbesondere durch

66) cfr. gl. ad l. 3. D. de condict. tritic.

67) Alciat l. c. §. 58. 59. Derselbe führt also noch nicht die Unterscheidung der l. 3. §. 2. cit. ganz ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Obligation durch.

68) Archiv f. civilistische Praxis XXXIII. no. 5 und 10.

Untergang der Sache, hatte. Die Lieferungszeit und der Untergang der Sache findet aber bei ihm eine sehr künstliche Bestimmung. Lieferungszeit sei der Moment, wo spätestens bezahlt werden konnte, ohne sich weiteren Nachtheilen auszusetzen, insbesondere auch der Tag der außergerichtlichen Mahnung, insofern er den Schuldner in Mora versetzt und für Verschlechterung und Untergang der Sache haftbar macht.

Bei Quantitäten sei aber der Lieferungstag nur der verabredete Zahltag, resp. in dessen Ermangelung der Tag der Litiscontestation, nicht aber der der Mora, da die Gefahr der Deterioration und des Untergangs bei Quantitäten nicht vorkomme, die Mora also auch nicht dafür verantwortlich machen könne. Die Zeit der Mora komme daher nur für species in Betracht — neben dem verabredeten Lieferungstage und resp. dem der L. C.

Ebenso sei der Untergang nur bei species das physische Aufhören der Sache; bei Quantitäten falle der Moment des Untergangs mit der Lieferungszeit zusammen; Untergang und Preisveränderung sei hier gleichbedeutend; die Zeit aber bestimme den Preis; ändere sich die Zeit, so ändere sich auch der Preis — die Sache.

Das scheinbar einfache Princip enthält also, in gewöhnlicher Sprache ausgedrückt, folgende wohlbekannte Sätze: bei Quantitäten ist für die Schätzung der verabredete Lieferungstag, event. die Zeit der Litiscontestation maßgebend; bei species wird der höchste Werth vom Beginne der Mora bis zum Urtheile, resp. Untergange der Sache geleistet. Neu, und seltsam genug, wäre nur, daß außer dem Falle der Mora der höchste Werth vom verabredeten Erfüllungstage oder der L. C. an bis zum Urtheile, resp. Untergange zu leisten sei.

Leider hilft diese Theorie nicht über die Hauptstelle in der Frage hinweg, und Büff sieht sich genöthigt, die l. 3. §. 2. D. commodati durch einen Eid zu erklären, freilich nicht ein juramentum in litem affectionis oder veritatis, aber einen ebenso mythischen Calumnieneid, wobei der Kläger

eine Summe beschwört, die er lieber verlieren, als seine Sache entbehren will, und der Richter ein Maximum setzt, bei dem er das Interesse des Klägers bis zur Condemnation in's Auge zu fassen hat.

So wird es auch an diesem neuesten Versuche deutlich, daß durch die Verschiedenheit des Gegenstands als Species und Quantitas sich die l. 3. wohl mit der l. 4. D. de condict. trit., nicht aber mit der l. 3. §. 2. D. commodati vereinigen läßt.

3. Eine dritte Reihe von Schriftstellern hält daher an dem in dieser letzteren Stelle gesetzlich gemachten Unterschiede fest und führt mehr oder weniger consequent die Regel durch: daß bei b. f. judiciis die Zeit des Urtheils, bei stricti juris jud. die Zeit der L. C. bestimmend sei.

Dahin hatte sich nach mancherlei Schwankungen schließlich schon Cujas erklärt[69]. Für den Fall der Mora jedoch ließ er wieder ohne Rücksicht auf die Contractsart den Zeitpunkt des höchsten Werths zu, mag dieser mit dem Anfange der Mora oder der Litiscontestation oder der Zeit des Urtheils zusammenfallen.

Mit Recht tadelt dies Anton Faber, da der gesetzliche Unterschied bei der Allgemeinheit, in der er aufgestellt ist, auch im Falle einer Mora neben dieser seine Beachtung finden muß.

Umgekehrt aber ist es fehlerhaft, wenn Faber der Mora bei stricti juris jud. gar keinen Einfluß einräumt und hier immer die Zeit der L. C. für durchgreifend erachtet. Andererseits aber giebt er den gesetzlichen Unterschied so gut wie ganz auf, wenn er bei b. f. jud., wie Cujas, auf die Zeit des höchsten Werths sieht, mag diese in den Anfang der Mora oder die Zeit der Litiscontestation oder des Urtheils fallen.

---

69) Cujac. ad l. 37. D. mandati. cfr. Ant. Faber, Conject XVI. c. 2.

Mißrathen ist auch seine Erklärung der l. pen. D. de condict. trit., indem er hier einen Fall voraussetzt, wo es sich nicht um eine Schätzung vor dem Urtheile, sondern um eine Schätzung nach dem Urtheile bei factischer Unmöglichkeit der Naturalleistung handelt (lib. XVI. c. 4.).

Erst in neuerer Zeit wurde die Ansicht allgemeiner, welche auch neben der Mora dem gesetzlichen Unterschiede die gebührende Geltung verschafft. Unter tempus morae versteht sie jedoch, noch ganz in Uebereinstimmung mit der älteren Doctrin, nicht den einzelnen Zeitpunkt, mit welchem die Mora beginnt, sondern die ganze Zeitdauer vom Anfange der Mora bis zur Zeit der L. C. bei stricti juris, und des Urtheils bei b. f. judiciis. Der höchste Werth dieser Zwischenzeit soll geleistet werden[70].

Wie unrichtig diese Bestimmung des tempus morae, und wie ganz verschieden der Ausdruck der Quellen bei der condictio furtiva und der lex Aquilia ist, wo wirklich die Zeitdauer in Betracht kommt, ist schon mehrfach und noch zuletzt von Savigny, System VI. §. 275. gründlichst dargethan worden[71]. Gleichwohl fehlt es auch heute nicht an Anhängern der älteren Auffassung[72].

Wie sehr diese allem Sprachgebrauche zuwiderläuft, zeigt sich deutlich an einzelnen Beispielen. Die Zeit des Urtheils ist doch offenbar die, wo das Urtheil gefällt wird, nicht etwa die, während welcher das Urtheil besteht, also nicht die ganze Dauer von der Abfassung desselben, bis es in einer späteren

70) Diese Meinung findet sich bei: Voet, Comment. ad Pand. de cond. tritic. §. 3. Vinnius, sel. quaest. I. c. 39. Huber, praelect. h. t. §. 7. Pothier, Pand. Just. Tom. I. 19, 1. no. 81. not. a. Hofacker, princ. jur. civ. §. 1749. Thibaut, Syst. des Pand.-Rechts, §. 103.

71) Verdienstlich ist die Ausführung Ant. Faber's über diesen Punkt Conj. XVI. c. 3. extr. Cujacius wollte nicht einmal bei der condictio furtiva die ganze Zeitdauer in Betracht gezogen wissen. Vgl. auch Madai, Mora S. 327 flgd.

72) So Puchta, Pand. §. 268. Note f. und Büff a. a. O.

Instanz aufgehoben wird. Ebenso ist die Zeit der L. C. der Moment, wo die Klage anhängig wird, nicht die Zeit von der Anstellung der Klage bis zum Urtheile.

Hat nun auch die neuere Theorie den gesetzlichen Unterschied für die Fälle innerhalb und außerhalb der Mora consequent durchgeführt [73], so blieb ihr doch die l. 3. D. de condict. trit. ebenso unzugänglich, als der früheren Theorie die l. 3. §. 2. commodati.

Cocceji, jus civ. cont. XIII., 3. qu. 2. hält ungenirt die condictio triticaria für eine actio bonae fidei. Der Glossator Placentin nahm doch nur an, daß in dem Falle der l. 3. ein bonae fidei negotium zu Grunde liege, welches durch die condictio geltend gemacht werde. Huschke corrigirt den Text: contestationis statt condemnationis, eine ebenso grundlose, als ungefällige Conjectur. Savigny a. a. O. S. 220 flgde. erklärt: condemnatio bedeute hier nicht das Urtheil, sondern den Theil der formula, wodurch der Judex zur Verurtheilung ermächtigt wurde. Diese Ausdrucksweise wäre ebenso seltsam, als wenn man heutzutage die Zeit der Anstellung der Klage durch die Zeit bezeichnen wollte, wo „der Klageantrag protocollirt" wird. Condemnatio ist das Urtheil, das der Richter spricht, und condemnationis tempus stets die Zeit des Urtheils, so auch in der l. 1. §. 22. D. depositi. Darüber ist kein Wort zu verlieren.

Somit sind die Schwierigkeiten, welche die Quellenaussprüche unserer Frage darbieten, bisher nicht überwunden.

Weniger Zweifel verursachte die Frage nach dem Schätzungsorte, da die Bestimmungen hierüber deutlich sind.

Der Einfluß der Mora des Gläubigers auf die Schätzungszeit ist nicht unbestritten; es giebt jedoch darüber keine Meinung, welche erwähnenswerth wäre [74].

---

73) S. v. Savigny, a. a. O. §. 275.

74) vgl. Madai, Mora §. 49. Wolff, Mora §. 39. Glück, 13. S. 297.

§. 5.
Beschränkung des Interesse.

Durch die cst. unic. C. de sent. quae pro eo quod interest 7, 47. hat das Interesse eine positive Beschränkung erhalten, dahin: daß in allen Fällen, die einen bestimmten Gegenstand haben, das Interesse den Betrag des Doppelten nicht übersteigen solle („in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc, quod interest dupli quantitatem minime excedere").

Für Fälle unbestimmter Natur wurde nichts in dem früheren Rechte geändert, und der Richter bloß angewiesen, dahin zu sehen, daß im Processe nur das wirklich begründete und nicht etwa ein betrüglich vorgegebenes Interesse durchdringe („ut, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur").

Dieses Gesetz Justinian's hat sehr erhebliche Zweifel verursacht. Dennoch herrscht in den Meinungen darüber eine größere Einhelligkeit, als in manchen anderen Fragen des Civilrechts. In einigen wichtigen Punkten hat sogar die neuere Schule nichts Besseres gewußt, als sich die Resultate der älteren zu eigen zu machen.

Die Erklärung der Constitution dreht sich hauptsächlich um folgende Fragen:

1. Inwieweit greift die Bestimmung der Constitution Platz?
2. Was sind casus certi und incerti?
3. Wie berechnet sich das Duplum, auf dessen Betrag das Interesse beschränkt werden soll? und endlich bleibt:
4. das Verhältniß der Constitution zu der früheren Gesetzgebung zu bestimmen.

ad. 1. Bezieht sich die Constitution bloß auf Contractsfälle oder auch auf Delicte?

a. In älterer Zeit war man ziemlich übereinstimmend der Ansicht, daß die Constitution allgemein auf alle Obligationen anzuwenden sei, mag es sich um Contracte oder Quasicontracte, um Delicte oder Quasidelicte handeln, mag das Interesse ursprünglicher, principaler oder nachfolgender Gegenstand der Obligation sein[75].

b. Erst in späterer Zeit wurde die Ansicht überwiegend, welche die Bestimmung der Constitution auf Contractsfälle eingeschränkt wissen will. Schon Azo hatte diese Ansicht ausgesprochen[76]. Alciat nahm sie auf, und die Billigung der bedeutendsten späteren Civilisten verschaffte ihr die Geltung, welche sie noch heute behauptet. Der Widerspruch, der gegen dieselbe hie und da hervorgetreten ist, blieb nur ein vereinzelter. Unter ihren Anhängern bestehen jedoch wieder Verschiedenheiten.

Einige geben der Constitution eine unbedingte Anwendung für alle Contractsfälle, Andere lassen sie auch in Contractsverhältnissen für die Fälle des dolus, welchem die culpa lata meist gleichgestellt wird, cessiren und behandeln — ganz consequent — die außeraquilische Culpa so wie die aquilische.

Im letzteren Sinne spricht sich die Mehrzahl der Schriftsteller aus.

So erklärt sich Molinäus: Ego concludo, ubicunque dolus malus probatur, sive in faciendo sive in omittendo, etiam in contractibus vel quasi cessat beneficium hujus legis, quia non est facta ad fovendum delicta nec ad indulgendum malitiis .... Caeterum dolo malo cessante haec taxatio locum habet non solum in contractibus, sed etiam in quasi contractibus.

In delictis autem vel quasi, etiam cessante dolo, ut

75) gl. ad const. unic. C. h. t. v. in omnibus. Baldus l. c. §. 16. cfr. Molinaeus l. c. §. 154.

76) Azo ad h. t. no. 7. v. in omnibus casibus] sed quare dicit de casibus .... casus fortuiti sunt. melius dixisset: contractibus ...

saepe in lege Aquilia, cessat haec taxatio dupli. §. 155. 157. l. c.

Imgleichen nimmt Magnus den Fall des dolus aus und fügt dazu den Fall: quando contra artificem, cujus artis publice commercium est, ex causa imperitiae ejus agitur, si quid non recte et ex arte factum vendidit aut locavit — quia artis suae peritiam praestare debet nec in eo imperitia a dolo distinguitur (c. 10. l. c.).

Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn Donell ausführt: Der Verkäufer habe, außer der Verbindlichkeit zur Tradition der Sache, sowohl noch für seine Redlichkeit, als noch für die gehörige Beschaffenheit der Sache einzustehen. Mache er sich eines Dolus schuldig, so stehe ihm die Constitution nicht zur Seite: praeter rem, quae tradi debet, est et quod de se et quod de re venditor recipiat .... de se hoc recipit, nihil se dolo malo in ea re facturum. id judicio empti naturaliter continetur ..... deceptis, non decipientibus leges opitulantur (c. 7. l. c.).

Diese Andeutungen haben den späteren Schriftstellern zur Richtschnur gedient, nur daß bei diesen die culpa lata s. singularis noch entschiedener dem dolus gleichgestellt wird[77].

Die andere Ansicht, welche keine Ausnahme anerkennt, wurde von Alciat aufgestellt; einigen Boden gewann sie jedoch erst in neuerer Zeit, wo sich besonders Sell (Jahrbücher I. S. 221 flgd.) und v. Vangerow (Pand. §. 572. Anm. 4. no. IV.) ihrer annahmen. Sell läßt jedoch die Constitution wieder für die Fälle cessiren, wo die Contractwidrigkeit in der Beschädigung oder Vernichtung der geschuldeten Sache besteht. S. 212.

ad. 2. Die andere Frage: die Bestimmung der casus certi und incerti, bildet den Kern bei der Erklärung der Constitution.

77) Perez, praelect. in Cod. h. t. §. 5. §. 9. Brunnemann, Comm. in Cod. h. t. §. 10. Struv, syntagma II. 44. no. 5. vgl. Glück, IV. S. 448. 449. Note 52. 53. Seuffert, Erört. S. 160. 161.

Unter casus verstand man fast allgemein einen Fall, wo aus irgend einer Obligation auf das Interesse geklagt wurde, also irgend einen Contracts- und beziehungsweise auch Delictsfall.

Das certum wurde verschiedentlich bezogen. Die allerälteste Meinung bezog es auf eine Bestimmtheit der Bezeichnung, und certum war demgemäß Etwas, das so bestimmt bezeichnet war, daß daraus Wesen, Qualität und Quantität desselben unmittelbar hervorgingen. Die Begriffsbestimmung der stipulationes certae und incertae in der l. 74. §. 1. D. de V. Obl. 45, 1. diente hiebei zur Grundlage.

Diese Meinung hatte sich schon zur Zeit der Glosse verloren[78].

Seitdem bezog man das certum nicht mehr auf eine Bestimmtheit der Bezeichnung, sondern auf eine Bestimmtheit des Geldwerths, und war certum demnach Etwas, das in einer bestimmten Geldsumme angeschlagen werden kann.

Diese Auffassung ist heute noch die ausschließliche.

Bei der näheren Bestimmung des certum aber machte sich ein zwiefacher Gesichtspunkt geltend: der eine in früherer, der andere in neuester Zeit.

a. Die Glosse betrachtete nur den Fall als bestimmt, der durch sich selbst bestimmt war. Petrus de Bellapertica bestimmte dagegen das certum durch die Beziehung auf ein Anderes, Gegenüberstehendes; eine Leistung, die an sich ein incertum, sollte durch die Beziehung auf eine in Geld bestimmte Gegenleistung zu einem certum werden[79].

Auf der Verbindung dieser beiden Gesichtspunkte beruht die ganze spätere Meinung. Dieselbe läßt sich dahin formuliren: Bestimmt ist der Fall, bei welchem eine bestimmte

---

78) cfr. Joh. Faber, Breviar. in C. h. t. §. 6.: non est ab antiquis recedendum. Petrus de Bellapertica l. c. §. 14.

79) Petrus de Bellap. l. c. §. 15—18.

Geldsumme oder ein bestimmter Gegenstand von selbst oder durch die Beziehung auf ein Anderes gegeben ist. Oder: Bestimmt ist der Fall, wo entweder die Leistung oder die Gegenleistung auf ein certum, d. h. eine bestimmte Geldsumme oder einen bestimmten in Geld zu schätzenden Gegenstand geht. Eine Obligation hat demnach eine bestimmte quantitas, wenn auch nur die Gegenleistung auf eine solche geht. Erst wenn weder die Leistung noch die Gegenleistung eine bestimmte Geldsumme (certa quantitas) enthält, kommt es auf die certa natura, d. h. den Sachwerth oder den Verkehrspreis an. Das certum bei einem Kaufe ist daher sowohl auf Seiten des Käufers, als des Verkäufers der Kaufpreis; denn zu einer Schätzung der Sache käme es erst in Ermangelung einer certa quantitas, d. h. eines Kaufpreises, wie z. B. beim Tausche. Bei der Miethe ist es der vereinbarte Miethspreis, und erst, in Ermangelung eines solchen, der Nutzwerth der vermietheten Sache oder, bei der locatio operarum, der allgemein übliche Satz für die zu leistende Klasse von Arbeiten, wenn ein solcher existirt, wie bei Tagearbeitern und Handwerkern (factum locari solitum).

Dies war die Auffassung der Sache bei fast sämmtlichen Aelteren und Neueren.

Bei Bartolus lautete die Begriffsbestimmung folgendermaßen:

illi contractus dicuntur certi, qui habent certam quantitatem vel naturam respectu sui vel respectu adjuncti. et alii dicuntur incerti, qui non habent certam quantitatem vel certam naturam respectu sui vel respectu adjuncti (l. c. no. h.).

Baldus drückte dies so aus: ubi utrumque extremum est certum quantitate vel natura vel alterum extremorum, tunc dicitur contractus habere certam quantitatem vel naturam nec excedit duplum. sed si utrumque extremum est incertum, licet obligatio sit reciproca, ut promitto aedificare domum tibi, ut vadas pro me Romam, iste contra-

ctus habet incertam quantitatem et incertam naturam et in summa omnes res, quae non possunt emi nec vendi nec locari nec ad proportionem deduci, dicuntur incertae tam quantitate quam natura (l. c. §. 16.).

Aehnlich drücken sich die späteren Schriftsteller aus[80].

Im Einzelnen finden sich ausführliche Erörterungen, was für den Fall, wo es an einer in Geld bestimmten Gegenleistung fehlt, als certum oder als incertum zu erachten sei. In dieser Hinsicht wurde im Allgemeinen eine obligatio alternativa, generis und ein factum locari solitum als certum angesehen[81].

Zwar trifft der in Betreff der obligatio generis — abgesehen von den res fungibiles — oft angeführte Grund, daß das genus durch die Leistung bestimmt werde, nicht zu, da es zu einem Interesse gerade in dem Falle der Nichtleistung kommt. Da jedoch das genus nach dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten meist eine bestimmte (mittlere) Qualität haben wird, so kann es wohl im Allgemeinen als certum gelten. Die obligatio alternativa aber ist unbedenklich im Sinne Justinian's certum, wenn sie auf zwei bestimmte Objecte gerichtet ist, zwischen denen nur die Wahl getroffen werden soll.

Als incerta werden dagegen mit Recht das Interesse selbst und das factum locari non solitum angeführt. Nicht mit gleichem Rechte gelten die Fälle eines dolus oder einer culpa als incertum, da das Object, in Bezug auf welches

80) Magnus cap. 9. in f. Cujac. obs. 9. c. 31. (Tom. III.). Donellus c. 5. §. 6. c. 7. Perez, §. 5. Huber, prael. Tom. III. lib. XXII. Vultejus, Jurispr. Rom. I. c. 44. p. 237. Neuerdings auch Mommsen, S. 236.

81) Petrus de Bellap. §. 15. 16. Rainerius §. 32.: contractus certi dicuntur, qui continent dari vel tradi certam speciem §. 33.: vel incertam in individuo, sed certam in specie, puta hominem in genere ... at contractus dicatur incertus, qui continet fieri vel non fieri. — Bartolus l. c. Baldus §. 8. v. Vangerow §. 571. II. vgl. Sell S. 214.

der dolus oder die culpa begangen wird, nicht nothwendig ein incertum zu sein braucht[82].

b. Der andere der beiden eben angedeuteten Gesichtspunkte bestimmt das certum nach dem principalen Gegenstande der Forderung, aus der auf das Interesse geklagt wird. Die Gegenleistung bleibt hiebei völlig außer Betracht. Bei dem Interesse des Käufers ist daher nicht der Kaufpreis das certum, sondern der Geldwerth der Sache; bei dem Interesse des Miethers nicht der vereinbarte Miethszins, sondern der Nutzwerth des vermietheten Gegenstands u. s. w.

Wenn also nicht die fragliche Obligation von vornherein auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet ist, so kommt der Geldwerth der in derselben enthaltenen Leistung, und nicht etwa erst, wie bei der anderen Meinung, die in einer bestimmten Geldsumme bestehende Gegenleistung in Betracht. Diese Meinung ist heute die herrschende[83].

ad 3. Aus den vorgetragenen Gesichtspunkten ergiebt sich von selbst, welches simplum bei der Berechnung des duplum zu Grunde zu legen. Wo die Obligation vorweg auf eine bestimmte Geldsumme geht, ist es diese Summe. In anderen Fällen ist es die in Geld bestimmte Gegenleistung, resp. der in Geld anzuschlagende Werth der Leistung selbst.

Daß in dem Duplum der Werth der ursprünglichen Leistung mitenthalten, war stets die gemeine Meinung. Die Zweifel mancher Aelteren wurden früh beseitigt. In älterer Zeit kam noch die Frage hinzu, ob das interesse conventum oder das interesse commune bei Berechnung des singulare zum simplum genommen werden soll. Meist ließ man das commune in Ermangelung des conventum zu[84].

---

82) cfr. Donellus cap. 7.

83) Glück, IV. S. 448. Thibaut §. 275. (7. Ausgabe). Wening, Lehrbuch II. §. 16. (3. Ausgabe). Mühlenbruch, Pand. II. §. 367. Puchta, Pand. §. 225. v. Vangerow, §. 571 I. v. Keller, Pand. §. 256. Sell, S. 210.

84) gl. h. t. v. dupli. cfr. Hänel, dissensiones. Neuerdings

ad 4. Das Verhältniß der Justinianeischen Constitution zu den Digesten und Institutionen hat namentlich die älteren Interpreten sehr beschäftigt. Es griff jedoch später die Meinung durch, daß die Constitution als eine generelle Beschränkung des Interesse für alle die Fälle in Anwendung kommen müsse, für welche sie berechnet ist, gleichviel ob nun in den Institutionen und Digesten die Beschränkung besonders erwähnt wird oder nicht[85].

Daß die Constitution durch den Reichs-Deputations-Abschied zu Speyer von 1600 §. 139. aufgehoben, ist wohl nie ernstlich behauptet worden[86].

Die Frage, ob die Constitution auf Conventionalstrafen und das juramentum in litem auszudehnen sei, hat man insgemein verneinend entschieden[87].

—— Die Auslegung der Constitution läßt noch viel zu wünschen übrig. Es ist noch eine offene Frage: ob die Constitution sich bloß auf Contracte oder auch auf Delicte beziehe, und zweitens: ob das certum nach dem principalen Gegenstande der Obligation selbst oder nach dem Gegenstande einer anderen, ihr als Gegenleistung gegenüberstehenden zu bestimmen sei?

Die Gründe, aus denen man die Constitution auf Contractsfälle beschränken will, sind unglaublich schwach. Als hauptsächlichstes Argument führt man an, daß es bei den Delicten an einem Maßstabe für das duplum: an dem simplum fehle, welches bei der Berechnung des Letzteren zu Grunde zu legen.

---

soll Thibaut nach dem Zeugnisse von Froben, Erörterungen zu Thibaut's Pand., I. S. 155, und Braun, Erört. zu Thibaut I. S. 282, das Hauptobject noch neben dem duplum berücksichtigt haben.

85) cfr. Petrus de Bellap. §. 4.

86) vgl. Sell, S. 246 flgde. v. Vangerow a. a. O. no. V.

87) Perez, l. c. §. 20. 21. — Struv, syntagma exercit. 44. no. 5. i. f. (Tom. II.). — Huber, l. c. lib. 22. no. 33. — Ueber das juramentum in litem vgl. Sell, S. 224.

Allein für die Berechnung des dupli findet sich bei Delicten ebensogut, wie bei Contractsfällen, ein bestimmtes Object als Anhalt. Man nehme nur den Fall: Jemand kauft eine Sache, und, nachdem diese ihm tradirt ist, wird sie ihm gestohlen. Das Interesse, welches er als Käufer im Falle der Nichterfüllung von Seiten des Verkäufers aus dem Kaufcontracte gehabt hätte, wäre darauf gerichtet gewesen, daß ihm die Sache tradirt werde („quod rem habere interest emptoris"). Sein Interesse bei der condictio furtiva ist sein Interesse daran, daß ihm die Sache nicht entwendet worden wäre („quod ejus interfuit, rem non subripi"). In beiden Fällen ist es eine und dieselbe Sache, an welche sich sein Interesse knüpft. Während dieses in dem einen Falle darauf geht, daß er die Sache erhalte, geht es in dem anderen darauf, daß sie ihm nicht genommen werde. Kann nun die Sache für das Interesse an dem Erhalten den Maßstab bilden, warum nicht für das Interesse an dem Nichtverlieren?

Ferner, welcher Unterschied für mein Interesse zwischen dem Falle, wenn mir Jemand zu einem bestimmten Zeitpunkte, wo ich Geld nothwendig brauche, die versprochene Zahlung nicht leistet, und dem Falle, wo ich das zu dem bestimmten Zeitpunkte nöthige Geld habe und mich nun ein Anderer desselben beraubt? Gesetzt, der Schuldner hätte rechtzeitig gezahlt, der Gläubiger macht sich mit dem erhaltenen Gelde auf den Weg, um Pfänder einzulösen, Conventionalstrafen abzuwenden, oder eine Messe zu beziehen, um hier lucrative Geschäfte zu machen, und er wird unterwegs von Räubern angefallen und ihm seine Baarschaft abgenommen. Erwächst ihm nun nicht derselbe Schaden, als wenn der Schuldner ihm gar nicht gezahlt hätte? Ist es nicht die bestimmte Geldsumme und wieder dieselbe bestimmte Geldsumme, auf welche sich in beiden Fällen sein Interesse concentrirt? Es fehlt also weder in dem einen noch dem anderen Falle an einem simplum zur Berechnung des dupli.

Dasselbe gilt, wenn es sich um Sachen und nicht gerade

Geldsummen handelt, und ebenso leicht findet sich bei Beschädigungen der Maßstab für die Berechnung einfach in dem vernichteten oder beschädigten Gegenstande selbst. Das Interesse der Nichtbeschädigung knüpft sich an denselben Gegenstand, als das Interesse an der Tradition desselben, wenn es sich um diese handelte. Selbstverständlich wird bei der Berechnung auf den Werth der Sache in ihrem unversehrten Zustande gesehen, wie z. B. bei der actio legis Aquiliae innerhalb der von dieser bestimmten Zeiträume. Bei Delicten und Contracten findet sich sonach gleichmäßig ein Maßstab für das duplum.

Ob das Interesse ursprünglicher oder nachfolgender Gegenstand der Obligation, ist dabei gleichgültig. Man kann nur sagen, daß das Object, an welches das Interesse sich knüpft, um so deutlicher und greifbarer hervortritt, wenn der Interesseforderung, wie bei den meisten Contractsfällen, eine auf jenes Object unmittelbar gerichtete Obligation vorhergeht.

Dies ist aber ganz unwesentlich. Denn das Interesse setzt nicht nothwendig eine Obligation, sondern umgekehrt die Obligation nothwendig ein Interesse voraus. Das Interesse ist früher, als die Obligation; es war schon bei Entstehung der letzteren vorhanden. Der Gegenstand des Interesse, d. h. das Object, an das es anknüpft, bildet gerade erst den Gegenstand der Obligation. Es wäre ein ὕστερον πρότερον, zuerst auf den Gegenstand der Obligation zu sehen und darin den Maßstab für die Berechnung des Interesse finden zu wollen. Das Interesse trägt vielmehr diesen Maßstab schon in sich, und giebt erst der Obligation ihren Gegenstand. Nicht das Interesse, sondern die Interesseforderung ist später begründet, als die Obligation auf den ursprünglichen Gegenstand, nämlich dann, wenn dieser nicht geleistet und die ursprüngliche Obligation also nicht erfüllt ist.

Aus jedem einzelnen Interesse für sich genommen ergiebt sich also schon von selbst das Object, an das es anknüpft,

ohne daß es nöthig wäre, daß eine auf dieses Object als ihren ursprünglichen Gegenstand gerichtete Obligation vorherginge.

Das Interesse selbst, z. B. das Interesse, eine Sache (z. B. durch Tradition) zu erhalten, und ebenso das Interesse, diese Sache nicht wieder (z. B. durch Furtum oder ein beschädigendes Ereigniß) zu verlieren, schließt das Object in sich, das als Maßstab für das duplum dienen kann, und dieser Maßstab fällt keineswegs hinweg, wenn, wie bei den Delictsobligationen, nicht eine vorhergehend auf die Sache, sondern unmittelbar auf das Interesse gerichtete Obligation vorhanden ist.

Noch hinfälliger sind die sonstigen Argumente der herrschenden Meinung. So wird gesagt: es gehe aus den Specialregeln in den Pandekten und Institutionen hervor, daß für Delicte die Constitution nicht zur Anwendung komme[88].

Sieht man nun diese „Specialregeln" näher an, so sind es ein Paar Stellen, in denen es sich um eine hereditas servo delata handelt, welche dem Delictsinteresse eingerechnet werden soll: l. 23. pr. und §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 3. D. de condict. furtiva 13, 1. §. 10. I. de lege Aquil. 4, 3. Man setzt dabei voraus — und hiegegen läßt sich am Ende wenig einwenden — daß der Betrag des Interesse durch Hinzurechnung der Erbschaft den doppelten Werth des Sclaven übersteige.

Nun giebt es eine ganze Reihe von Stellen, in denen in Contracts- und Quasicontractsfällen gerade ebenfalls der Werth der dem Sclaven deferirten Erbschaft beim Interesse in Anschlag gebracht wird. So beim Kaufe, wenn der Sclave und damit die durch ihn erworbene oder zu erwerbende Erbschaft evincirt wird, oder bei der actio ad exhibendum, wenn durch Verweigerung der Exhibition die Erbschaft verloren gegangen ist, oder beim Legate eines Sclaven, welcher mit

88) Sell, a. a. O. S. 220 flgde. v. Keller, Pandektenvorl. §. 256.

der ihm anderweit zugefallenen Erbschaft zu restituiren ist u. dgl.

cfr. l. 13. §. 18. 20. D. de act. empti 19, 1. l. 8. l. 51. §. 3. D. de evict. 21, 2. l. 23. §. 3. D. ad S. C. Trebell. 36, 1. l. 11. pr. D. ad exhib. 10, 4.

Folgt nun aus diesen „Specialregeln", daß die Constitution auf Contractsfälle keine Anwendung leidet?

Die Sache muß sich wohl folgendermaßen verhalten: Wenn in den Digesten und Institutionen in dem einen oder anderen Falle Vortheile in das Interesse eingerechnet werden, welche muthmaßlich den doppelten Betrag des Hauptgegenstandes übersteigen, so ist daraus nicht zu folgern, daß in diesen Fällen eine gänzlich freie Berechnung des Interesse stattfinde. Die Constitution Justinian's greift überall beschränkend ein, wo sie eingreifen soll. Für welche Fälle sie aber eingreifen soll, läßt sich nicht aus den einzelnen, nicht mit Rücksicht auf die Constitution entschiedenen Fällen, sondern umgekehrt einzig und allein aus den Worten der Constitution selbst entnehmen.

Kaum einer Widerlegung werth sind die weiteren Argumente der herrschenden Meinung. Man bescheidet sich auch meist damit, dieselben nur als „unterstützende Momente" oder als „historische Anknüpfungspunkte" gelten zu lassen, ohne ihnen weiter Beweiskraft beilegen zu wollen [89].

Wie sollte auch daraus, daß das Interesse oder ihm verwandte Vortheile schon vor Justinian in einzelnen bestimmten Contractsfällen in gewisser Weise beschränkt waren, sich folgern lassen, daß die Constitution sich ebenfalls ausschließlich auf Contractsfälle zu beziehen habe. Zwischen dem Verbote des Zinsennehmens ultra alterum tantum, den duplae stipulationes in Betreff der Evictionsleistung, der Beschränkung der Impensenforderung des Käufers in dem Falle der l. 43. in f. D. A. E. V. einerseits und der Constitution

89) Sell a. a. O. S. 218. v. Vangerow a. a. O.

Justinian's andererseits fehlt es an jedem inneren Zusammenhange. Diese hat mit jenen älteren Bestimmungen nichts Anderes gemein, als den äußerlichen Umstand, daß hier wie dort ein duplum als Grenze vorkommt.

Daß ferner Justinian Contractsfälle als Beispiele der casus certi anführt, kann für sich allein noch nicht die Beschränkung der ganzen Constitution auf Contracte rechtfertigen, da es sich eben nicht um eine vollständige Aufzählung, sondern nur um die Anführung von Beispielen handelt.

Wenn endlich W. Sell a. a. O. S. 210 flgde. die Constitution nicht auf diejenigen Contractsverhältnisse angewendet wissen will, in denen der Gegenstand der Hauptforderung in hohem Grade beschädigt, verdorben oder gänzlich unbrauchbar geworden, so sind die beiden von ihm angeführten Gründe: der Werth der Sache in beschädigtem Zustande könne unmöglich den Maßstab für die Berechnung des Interesse abgeben, der Werth der Sache im unverletzten Zustande aber lasse sich nach der Beschädigung „in der Regel nicht mehr mit juristischer Gewißheit ausmitteln" — gleich hinfällig.

Die lex Aquilia müßte nach dieser Auffassung das unzweckmäßigste Gesetz von der Welt gewesen sein, da sie gerade auf den früheren Werth der Sache vor der Vernichtung oder Beschädigung zurückging [90].

Ebenso grundlos ist das namentlich in früherer Zeit viel benutzte Argument: der dolus verdiene keine Schonung [91].

Wollte man diesen Satz consequent durchführen, wie es auch geschehen ist [92], so müßte man für culpose Delicte ebenso die Bestimmungen der Constitution zur Anwendung bringen, als man sie für Fälle, wo die Nichterfüllung eines Contracts

90) Sell beruft sich zwar auf das preuß. Landrecht I. 6. §. 92. S. jedoch über das Mißliche des in diesem §. aufgestellten Grundsatzes: Koch, Commentar z. Allg. Landr. zu §. 85. I. 6. A. L. R. (S. 385. 4. Aufl.).

91) Molinaeus l. c. §. 155. Magnus l. c. cap. 10.

92) Donellus, l. c. cap. 7. Seuffert, Erört. I. S. 161 flgde.

auf einem dolus des Schuldners beruht, ausschließen müßte. Von Alledem findet sich aber in der Constitution keine Spur[93].

Von den sämmtlichen für die herrschende Meinung vorgebrachten Argumenten ist also nicht ein einziges probehaltig.

Auf die Zweifel, welche stets gegen die herrschende Meinung erhoben sind, hat man denn auch nur mit Scheingründen zu antworten vermocht.

Schon Magnus, der der herrschenden Meinung huldigt, legte sich die Frage vor, ob sich nicht bei Delicten ebensowie bei Contracten ein bestimmter Maßstab der Berechnung finden lasse: finge, servum heredem institutum occisum esse, centum aureos sub poena debitos vel unum equum ex quadriga furto ablatum, depastas segetes, aedes exustas, nonne damna ista dantur in corporibus certis, certam naturam vel quantitatem habentibus? Dies zwingt ihn zu dem Zugeständnisse: Locus sane lubricus, in quo ut consistam, paulum quiddam illi nostrae disceptationi addendum est. Er sucht sich auf folgende Weise zu helfen: ein Fall mit bestimmtem Objecte sei nur dann bestimmt, wenn die Contrahenten bei Eingehung des Contracts dieses Object vor Augen gehabt haben (casus certos nobis videri certam quantitatem vel naturam habentes, ad quam in obligatione contrahenda respexisse videantur ii, inter quos negotium gestum est). Ein Fall, der bestimmt ist, wäre danach also noch nicht bestimmt. Und als ob der, der ein Delict begeht, nicht ebenso ein bestimmtes Object: certam summam oder certam naturam vor Augen hätte, als die Contrahenten bei Abschluß des Vertrags, und, worüber diese contrahiren, er daran nicht ein Delict begehen könnte!

Magnus ist sich also die Antwort schuldig geblieben.

---

93) Mit Recht haben sich denn auch W. Sell, Jahrb. I. S. 222. und v. Vangerow §. 571. Anm. 4., Mommsen S. 235. dagegen erklärt.

Statt dessen glaubt Donell jene Zweifel beseitigen zu können, wenn er sagt: Ego didici, cum quid ruptum aut surreptum est, non hujus rei aestimationem deduci in obligationem, sed venire, quanti ea res est, i. e. quantum interest, damnum datum aut id maleficium admissum non esse.

Schon richtig, wenn nur Etwas darauf ankäme, und es vielmehr nicht schon genügte, daß sich überhaupt ein bestimmtes Object, die Sache, als Maßstab für das Interesse daran finden läßt (Donellus cap. 6. §. 5.).

Mühlenbruch, Lehrb. §. 370., sieht daher ganz richtig einen solchen Maßstab in dem „objectiv zu ermittelnden einfachen Schadenswerthe" oder „dem Werthe des Gegenstandes, welcher das Hauptobject des Schadensersatzes ausmacht."

v. Vangerow will diesen Worten Mühlenbruch's den Sinn unterlegen: als sei Jemand bei Delictsobligationen nicht von vornherein und principaliter zum Ersatze des gesammten angerichteten Schadens verpflichtet, sondern es bilde die vera rei aestimatio, der Werth des Hauptobjects, das eigentliche principale Object des Rechts auf Entschädigung und der andere mittelbare Schaden trete nur gleichsam ex post hinzu. Diese Vorstellung liegt nicht in jenen Worten. Wenn Vangerow daher diese Vorstellung widerlegt (die allerdings sehr irrig wäre), so hat er nicht die Ansicht Mühlenbruch's, sondern nur die von ihm den Worten des Letzteren gegebene irrige Deutung widerlegt. Mühlenbruch hat eben nur den Sachwerth als Maßstab vor Augen; daß die Obligation sich eigentlich bloß auf diesen erstrecke und der weitere Schaden eine Art zweiter, accessorischer, Obligation bilde, sagt er nicht.

So hat man sich vergeblich in Scheingründen und unhaltbaren Argumenten erschöpft, um eine vorgefaßte Meinung zu vertheidigen. Mangelhafte und unrichtige Vorstellungen über das Interesse trugen ebenfalls das Ihrige dazu bei, das wahre Verständniß der Constitution Justinian's zu erschweren. Wie kann man auch mit Sicherheit und Klarheit be-

stimmen, was ein bestimmter Fall des Interesse sei, wenn man sich das letztere als Schaden oder gar als Vermögensdifferenz denkt. Das Object, an welches das Interesse sich anknüpft und das allein den Maßstab der Berechnung abgeben kann, muß dabei ganz verloren gehen.

Eine richtigere Einsicht hat über die zweite Frage: die nähere Bestimmung des certum selbst, angefangen, sich Eingang zu verschaffen. Nichts ist verkehrter, als eine Leistung deßhalb bestimmt zu nennen, weil die Gegenleistung bestimmt ist. Dann ist eben die Gegenleistung, nicht aber schon die Leistung bestimmt.

Nur der Fall ist bestimmt, der in sich und durch den in ihm selbst liegenden Gegenstand bestimmt ist.

Es ist daher keine Veranlassung, mit Mommsen (S. 236) zu der älteren, heute von den Meisten mit Recht verlassenen Ansicht zurückzukehren, und noch dazu anzunehmen, daß in Fällen, wo es an einer in Geld bestehenden Gegenleistung fehlt, die Constitution nur dann zur Anwendung komme, wenn es sich um „Lieferung, Gewährung oder Restitution von Sachen", also um Sachleistungen handelt. Eine Beschränkung auf Sachleistungen ist in der Constitution nicht ausgesprochen, und es ist nicht abzusehen, warum ein factum locari solitum kein certum soll enthalten können.

Werfen wir nun einen Rückblick auf die Geschichte des Interesse, so ist zwar ein gewisser Fortschritt nicht verkennbar; aber die Resultate, die man als gewonnen und festgestellt ansehen darf, sind doch meist nur secundärer Natur. Die wichtigsten Fragen sind noch ungelöst, und selbst wo sich die Anfänge eines Besseren zeigen, fehlt noch viel daran, daß die richtige Ansicht die gehörige Begründung erfahren hätte, oder zur völligen Geltung gelangt wäre.

Ein Fortschritt ist es, daß man den Begriff des Interesse und die Verbindlichkeit zur Leistung desselben schärfer, als irgend vormals, von einander gesondert hat. Aber diese

Scheidung ist noch bei Weitem nicht consequent durchgeführt und hat namentlich noch nicht die Folge gehabt, daß man die Lehre vom Interesse auf ihr eigentliches Gebiet zurückgeführt und von fremdartigen Materien abgegrenzt hätte.

Grund und Umfang der Interesse-, resp. Ersatzleistung, die Bestimmung des Zeitpunkts und des Orts der Schätzung betrachtet man noch immer als einen Theil der Lehre vom Interesse, während, streng genommen, alle diese Fragen den einzelnen Contractsarten und der Lehre von den Entstehungsgründen der Obligationen zuzuweisen sind, und nur in diesem Zusammenhange ihre wahre Erklärung finden können. Aber auch dem Begriffe des Interesse selbst fehlt es noch an der nöthigen Klärung. Obwohl man aus der Definition die Gründe des Schadensersatzes entfernt hat, hat sich doch die Vorstellung des Schadens noch hartnäckig behauptet, und den wahren Begriff des Interesse getrübt.

Die Eintheilungen des Interesse in interesse conventum, commune, singulare, in directes und indirectes Interesse sind gefallen. Allein ist auch die Einsicht gewonnen, daß überall, wo es sich um ein Interesse handelt, das volle und unbeschränkte Interesse zu verstehen sei, so sind doch noch nicht die Schwierigkeiten einiger Stellen gehoben, in denen vom Interesse Bestandtheile ausgeschlossen werden, welche anscheinend zu demselben gehören. Obwohl man die Regel gefunden, so ist doch der Widerspruch der Quellen, wie bei den Bestimmungen über die Schätzungszeit, geeignet, die Regel wieder in Frage zu stellen.

Die beschränkende Constitution Justinian's endlich bietet noch die größten Zweifel dar.

Zweiter Abschnitt.

Dogmatische Darstellung.

Erstes Kapitel: Vom Interesse.

I. Begriff und Bedeutung des Interesse.

§. 6.

Das Interesse.

Das Interesse durchzieht die verschiedensten Lebensverhältnisse; überall aber kennzeichnet es sich als ein Vortheil. Freilich nicht als ein Vortheil schlechthin, sondern ein Vortheil, der von dem Eintritt einer gewissen Eventualität bedingt und abhängig erscheint. Interessirtsein heißt: mehr oder weniger ein Ereigniß im Auge haben, von dem man Vortheil hat. Das Interesse verlangt eine Thatsache, von deren Eintritt oder Nichteintritt der Erwerb oder die Erhaltung eines Vortheils abhängig ist.

Dieser Vortheil kann sein: materieller oder ideeller Natur. Alle Güter des Menschen sind möglicher Gegenstand des Interesse, und es gilt gleich, ob es sich um die Erhaltung oder den Erwerb eines Vortheils handelt.

Jene Thatsache kann sein: eine bereits eingetretene oder noch nicht eingetretene. Im letzteren Falle hat man ein Interesse daran, daß Etwas geschehe oder nicht geschehe; im ersteren daran, daß Etwas geschehen wäre oder nicht geschehen wäre. Während in jenem Falle der Erwerb noch ungewiß ist, ist er in diesem entschieden nicht gemacht. Es kommt also nicht darauf an, daß er in Wahrheit gemacht ist oder werden

wird, sondern für das Interesse ist nur wesentlich, daß er in einem gewissen Falle gemacht worden wäre oder werden würde.

Es handelt sich mithin beim Interesse nicht um einen wirklichen, sondern um einen hypothetischen Vortheil.

Die bedingende Thatsache aber ist im weitesten Sinne zu nehmen; sie kann bestehen in einem Thun oder Nichtthun, einem Sein oder Nichtsein, einem Geschehen oder Nichtgeschehen, einer Willenshandlung, wie einer Begebenheit der Natur, kurz in Allem, was irgendwie von thatsächlicher Bedeutung ist.

Als letzte Bestimmung erfordert das Interesse die Beziehung auf eine bestimmte Person. Was für den Einen von Interesse ist, kann für einen Anderen gleichgültig oder doch nicht in gleichem Grade interessant sein. Zwar reden wir von einem allgemeinen, öffentlichen Interesse. Aber die Allgemeinheit und Oeffentlichkeit ist hier gewissermaßen personificirt.

Unsere Definition lautet daher vollständig dahin:

Interesse ist aller von einer Thatsache für eine bestimmte Person abhängige Vortheil,

oder mit anderen Worten:

Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde.

Diese Auffassung ist die quellenmäßige. Es heißt:

Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint. l. 2. D. de jure dot. 23, 3.

Interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi. l. 14. §. 1. D. de servo corrupto 11, 3.

Liberi hominis interest, de statu suo rursus non periclitari. l. 8. §. 2. D. ratam rem 46, 8.

Interfuit domini, servum non esse occisum. l. 21. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

Emptoris interest, possessionem vacuam tradi, l. 33. D. locati 19, 2., hominem venditoris fuisse, l. 8. D. de eviet. 21, 2. u. s. w. in unzähligen anderen Beispielen.

Subject des Interesse sind hier durchweg bestimmte

Personen: Staat und Private. Als thatsächliches Moment treten eine Reihe von Umständen hervor (animum liberorum non corrumpi; servum non esse occisum; hominem venditoris fuisse etc.), von deren Eintritt oder Nichteintritt die verschiedenartigsten Vortheile bedingt sind, als: Status, Eigenthum und Besitz, „dignitas et fama domus" (l. 14. §. 1. cit.), Ehen u. s. w.

Die drei Glieder der Definition sind daher unverkennbar.

Die Definition selbst wird in einigen Stellen fast unmittelbar ausgesprochen.

In Bezug auf einen Minderjährigen, der durch Betrug zur Vornahme einer Freilassung veranlaßt wurde, heißt es: de dolo actio erit in id, quod minoris interfuit, (hominem) non manumitti: proinde quidquid hic haberet, si non manumisisset, id ei nunc praestabitur. l. 11. pr. D. de minor. 4, 4.

Die Wirkung des Interdictum unde vi wird dahin bestimmt: omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui ..... eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse. l. 1. §. 41. D. de vi 43, 16. cfr. l. 15. §. 7. D. quod vi 43, 24.

Das Interesse und der Inbegriff alles Dessen, was Jemand durch Etwas erlangt oder behalten haben würde, werden hier unzweifelhaft einander gleichgestellt.

Wenn in einigen Stellen die durch Litiscontestation begründete Verbindlichkeit des Verklagten in ähnlichen Ausdrücken, wie das Interesse, bestimmt wird[1], so liegt darin Nichts Verfängliches. Sollte ausgedrückt werden, daß unbedingt Alles zu erstatten sei, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm der Gegenstand der Klage zur Zeit der Litiscontestation geleistet wäre, namentlich auch der Gewinn, den er

1) l. 20. D. de R. V. 6, 1. l. 40 pr. D. de H. P. 5, 3. l. 31. pr. D. de reb. cred. 12, 1. l. 6. §. 6. D. si serv. vind. 8, 5.

durch einen vortheilhaften Verkauf der Sache hätte erzielen können, so wäre die Annahme eines Interesse unabweislich.

Die Leistung des Verklagten aus der L. C. beschränkt sich aber auf eine Reihe fest bestimmter und herkömmlich begrenzter Nebenvortheile, welche dem Interesse zwar nahe, aber nicht gleichkommen, und gewöhnlich unter dem Begriffe: omnis causa zusammengefaßt werden [2]. Dieser Begriff wird in den fraglichen Stellen mit ähnlichen Worten, wie das Interesse, umschrieben [3]. Es soll nicht unbedingt Alles, was der Kläger gehabt hätte, sondern nur Alles, was er in der Richtung der omnis causa gehabt hätte, geleistet werden. Die etwaige Ungenauigkeit des Ausdrucks wird also durch den Zusammenhang völlig gehoben.

Andere Stellen sprechen präciser unmittelbar von der causa rei, die der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Sache zur Zeit der L. C. geleistet worden wäre [4].

Bemerkenswerth ist es, wie die Wirkung der Litiscontestation bei der actio confessoria bestimmt wird. Da bei Servituten sich von Früchten kaum reden läßt, so sollen nach der l. 19. §. 1. D. de usuris et fruct. 21, 1. dahin allenfalls etwaige Vortheile gerechnet werden, die der Kläger gehabt hätte, wenn er schon zur Zeit der L. C. nicht mehr an der Ausübung seines Rechts verhindert worden wäre. In demselben Sinne will die l. 4. §. 1. D. si servitus vind. 8, 5. als Frucht es höchstens rechnen, wenn in gewisser Beziehung der Kläger ein Interesse hatte, nicht an der Aus-

---

2) S. die treffliche Erörterung dieses Punkts bei Savigny, System VI. S. 51—54. 101—105. vgl. Mommsen, S. 29—32.

3) — opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. l. 20. l. 31 pr. D. citt.

4) — opus est, ut etiam rei causa exhibe(atur), id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. §. 3. I. de off. jud. 4, 17. l. 35. D. de V. S. 50, 16.

übung der Servitut verhindert zu werden (id demum fructuum nomine computandum, si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi). Hier ist sogar von einem Interesse die Rede, aber zugleich mit Beschränkung auf eine gewisse Beziehung, gewissermaßen nur von einem Interesse an Früchten und fruchtähnlichen Vortheilen[5].

Das Interesse ist aber nicht schon irgend Etwas, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt einer gewissen Thatsache gehabt hätte, nicht etwa bloß die Früchte oder die omnis causa, sondern der Inbegriff aller von der Thatsache abhängigen Vortheile. Die Beschränkung auf eine bestimmte Klasse, auf eine bestimmte Art dieser Vortheile hebt den Begriff des Interesse auf, sollte auch der Wortlaut an sich für die Annahme eines solchen sprechen. Es kann nur eine uneigentliche Ausdrucksweise sein, wenn dabei von einem Interesse die Rede ist.

Ebenso ist es eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wo nicht überhaupt eine unrichtige Lesart, wenn sich in vereinzelten Stellen mit dem Interesse nicht das den Vortheil bedingende, sondern das beschädigende Ereigniß verbunden findet[6].

§. 7.

Das Vermögensinteresse.

Das Interesse ist ein Vermögensinteresse, wenn es zu seinem Gegenstande einen Vortheil hat, der für das Vermögen einer Person von Bedeutung ist, also einen Vortheil,

5) S. Mommsen S. 31.

6) l. 15. §. 7. D. quod vi 43, 24: — quanti actoris interest, id opus factum (non?) esse. — — ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quae futura esset, si id opus — neque vi neque clam factum esset. l. 6. §. 1. D. de serv. export. 18, 7: — viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset.

der entweder schon in Gelde besteht, oder sich auf Geld zurückführen läßt.

Das Vermögensinteresse wäre mithin dem aufgestellten Grundbegriffe gemäß:

> Aller für das Vermögen einer Person von einer gewissen Thatsache abhängige Vortheil.

I. Es gilt gleich, ob diese Thatsache schon in sich selbst eine pecuniäre Bedeutung hat, oder eine solche erst mittelbar durch Verbindung mit anderen Umständen erhält. Ein Erdbeben z. B. hat an sich gar keinen Geldwerth, etwa wie die Zahlung einer bestimmten Summe Geldes, gleichwohl aber kann von dem Nichteintritte desselben die Erhaltung unendlich vieler Vermögenswerthe abhängig sein.

Man hat neuerdings ein Vermögensinteresse im objectiven und subjectiven Sinne unterscheiden wollen und das erstere in der herrschenden Definition des Interesse als der durch ein beschädigendes Ereigniß herbeigeführten Differenz in dem Vermögen einer Person ausgedrückt gefunden, das letztere hingegen mehr in der oben entwickelten Art als das bezeichnet, was Jemand gehabt hätte, wenn ein nachtheiliges Ereigniß, für welches ein Anderer einstehen muß, nicht eingetreten wäre [7].

Es leuchtet ein: Das Eine ist ebenso objectiv und so subjectiv, wie das Andere. Denn bei Beiden ist das Object ein bestimmter Vermögensvortheil, und bei Beiden handelt es sich um eine bestimmte Person, auf deren Vermögen ein Ereigniß von Einfluß ist.

II. Es giebt eine Reihe von Beispielen, welche mit dem Interesse äußerlich manche Aehnlichkeit haben, in ihrem Wesen aber von demselben sehr verschieden sind. Es gehören hieher die Begriffe: Sachwerth, Nutzen und Schaden, Schadensersatz, Gegenleistung, Conventionalstrafe, Privatstrafe,

---

7) So Unger, Fragmente aus einem Systeme des österr. Gesetzb. in Haimerl's Vierteljahrsschr. 1864. S. 114. Anm. 4.

Zinsen und Kosten, Wiederherstellung in den vorigen Stand.

Der Sachwerth ist nur möglicherweise Bestandtheil des Interesse. Er kann unter Umständen mit demselben zusammenfallen, aber ebensogut auch mehr oder weniger betragen. l. 1. pr. D. de A. E. V. 19, 1.

Nutzen und Schaden kommen mit dem Interesse darin überein, daß sie den Erwerb oder Verlust eines Vortheils zum Gegenstande haben; sie weichen jedoch darin ab, daß es sich bei ihnen um einen wirklichen Erwerb oder wirklichen Verlust handelt, während es beim Interesse nur auf einen hypothetischen Vortheil ankommt, sollte auch dessen Erwerb oder Verlust in der That bereits eingetreten sein.

Der Schadensersatz setzt nothwendig einen Schaden voraus, und bezweckt die Ausgleichung einer in Folge eines nachtheiligen Ereignisses herbeigeführten Vermögensdifferenz. Das Interesse ist nur möglicher Gegenstand des Schadensersatzes und ist nicht nothwendig an die Voraussetzung eines Schadens gebunden.

Die Gegenleistung aber ist ein Entgelt für eine geschehene oder zu geschehende Leistung, das Interesse aber sehr oft der Ersatz für eine nicht geschehene Leistung. Die Gegenleistung setzt ein Contractsverhältniß voraus; die Interesseleistung kann auch auf einem Delicte beruhen.

Umgekehrt ist die Strafe auf Delicte beschränkt, während das Interesse die Contracte mitumfaßt. Die Interesseleistung bewahrt streng den Charakter der Ausgleichung, wogegen die Privatstrafe einen pönalen Zusatz zu dem bloßen Ersatze bildet.

Die Conventionalstrafe vertritt öfter die Stelle des Interesse; sie soll dann die Ausmittelung des letzteren entbehrlich machen. Ihr Umfang ist ein willkürlich festgesetzter und fällt nicht nothwendig mit dem des Interesse zusammen.

Die Zinsen sind ein nur beschränkter Ersatz für den entbehrten Gebrauch einer Quantität fungibler Sachen; sie

umfassen nicht alle Vortheile, welche man durch die Benutzung des Kapitals erhalten hätte. Erst das Interesse gewährt den vollen Ersatz [8].

Die Kosten sind eine Minderung des Vermögens, welche durch Verwendungen entsteht. Das Interesse umfaßt aber nicht nur das, was man zu verwenden genöthigt war, sondern auch den zu erlangenden Gewinn [9].

Die Restitutio in integrum endlich hat die Wiederherstellung eines früheren Zustands zum Gegenstande, wogegen die Interesseleistung eine Ausgleichung bewirkt, unter Festhaltung des gegenwärtigen Zustands.

Den angedeuteten Begriffen fehlt es sonach an aller inneren Verwandtschaft mit dem Interesse [10].

III. Die Quellen bezeichnen das Interesse mit den Worten: id quod interest, und den Betrag desselben folgeweise als das: quanti interest. Je nach Bedürfniß wird bald die Thatsache, von der das Interesse bedingt ist, hinzugefügt, bald nicht.

Diese Ausdrucksweise ist auch die einzige, um das Interesse seinem Begriffe und seinem eigenthümlichen Wesen nach zu bezeichnen. Zwar finden sich daneben noch andere Ausdrucksweisen. Dieselben beruhen aber in ihrem Wesen auf völlig verschiedenen Grundvorstellungen und kommen nur dem Resultate nach mit dem Interesse überein. Begrifflich verschieden, dienen sie nur dazu, den Umfang und Inhalt der Interesseleistung in einer den Verhältnissen des concreten Falles entsprechenden Weise zu umschreiben.

So wird die Interesseleistung häufig als Ersatz des ent-

---

8) l. 19. D. de periculo 18, 6. — usuras duntaxat ... non omne omnino, quod venditor ..... consequi potuit. W. Sell (Jahrb. I. S. 184 flgde.) bringt die Zinsen zu nahe mit dem Interesse zusammen.

9) — amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. t. 33. in f. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

10) Die weitläuftigen Ausführungen Mommsen's über diese Begriffe (S. 15—40) treffen nicht immer den Kern der Sache.

standenen Schadens bezeichnet. Der Umfang des Schadens fällt genau mit dem Umfange des Interesse zusammen, und es liegt gewiß nahe, in einem Falle, wo es sich um einen Schadensersatz handelt, auch den Schaden als Gegenstand desselben zu bezeichnen. Es ist anschaulicher und kürzer, in einem solchen Falle von dem wirklich vorhandenen Schaden zu reden, als auf die hypothetischen Vortheile zurückzugehen, die man im Falle des Nichteintritts des beschädigenden Ereignisses gehabt hätte. Dennoch aber drückt die Bezeichnung: Schaden, wenn auch Umfang und Inhalt, so noch nicht das Wesen des Interesse aus, welches gar keinen Schaden voraussetzt.

Hieher gehören die Wendungen: damnum emergens, lucrum cessans, quantum abest quantumque lucrari quis potuit, indemnem aliquem praestare, indemnitatem praestare, damnum resarcire, omnem jacturam restituere u. dgl. m.[11].

Ebendahin gehört auch der Ausdruck: quanti res est[12]. Derselbe beruht auf einer völlig verschiedenen Auffassungsweise, als das Interesse. Der Gegenstand des quanti res est ist die res, der Gegenstand des quanti interest das id, quod interest.

Da aber res und id quod interest nicht begrifflich eins sind, kann es sich nur darum handeln, inwiefern beide äußerlich in ihrem Umfange zusammenfallen. Die Frage ist daher nicht die: ist res gleichbedeutend mit quod interest? sondern: inwiefern ist quanti res est ebensoviel, als quanti interest?

In einem engeren Sinne bedeutet res eine körperliche oder unkörperliche Sache, das quanti res est demgemäß den Sachwerth. In diesem Sinne ist es offenbar zu verstehen,

---

11) l. 13. pr. D. ratam rem 46, 8. l. 33. D. de dolo, 4, 3. l. 55. §. 2. D. locati 19, 2. l. 19. i. f. C. de test. 4, 20. u. ö. S. Mommsen S. 42.

12) Literatur: v. Savigny, System V. Beil. 12. S. 441 flgde. Puchta, Pand. §. 224. Note b. Mommsen, S. 45 flgde.

wenn es in der l. 193. D. de V. S. 50, 16. cfr. l. 179. D. eod. heißt, die Formel: quanti res est sei auf den Sachwerth und nicht auf das Interesse zu beziehen; res bedeutet hier eine körperliche Sache[13].

Auch in anderen Stellen bedeutet quanti res est im Gegensatz zu dem Interesse den Sachwerth. So in der l. 4. §. 11. D. vi bonor. rapt. 47, 8.: haec actio datur in duplum quanti ea res erit: quod ad pretium verum rei refertur. Ferner in der l. 9. §. 8. D. ad exhib. 10, 4.: utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res erit, und in der l. 6. D. de vi 43, 16.: saepe actoris pluris interest, hominem retinere, quam quanti is est. Wenn endlich in der l. 1. §. 4. D. si quis jus dic. 2, 3. (hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est concluditur), sowie in der l. 5. §. 1. D. ne quis eum 2, 7. das Wort res auch nur den Streitgegenstand, und nicht gerade einen Sachwerth bedeutet, so ergiebt sich doch daraus das negative Resultat, daß quanti ea res auch für Etwas dem Interesse Entgegengesetztes gebraucht wird[14].

Die Stellen, in denen das verum rei pretium oder die rei aestimatio dem Interesse gegenübersteht, gehören wenigstens mittelbar hieher, insofern sich nicht ohne Grund annehmen läßt, daß in den fraglichen Klagen die Worte quanti res est gebraucht worden sind[15].

In der Formel der lex Aquilia: quanti ea res plurimi fuerit, gehen die Worte auf den Sachwerth. Erst durch eine freiere Auslegung der betreffenden gesetzlichen Bestimmung überhaupt gelangte man dahin, außer dem Sachwerthe, auf den zunächst nur die Worte des Gesetzes gingen, auch den übrigen entstandenen Schaden zu berücksichtigen.

---

13) S. v. Savigny, a. a. O. S. 458 flgde.

14) S. v. Savigny S. 456.

15) l. 2. §. 13. D. vi bon. rapt. 47, 8. l. 1. §. 20. D. de tutel. 27, 3. cfr. l. 50. pr. D. de furt. 47, 2. Dazu: Mommsen S. 54. Note 27. 28. Abweichend: Savigny S. 457.

Es wird ausdrücklich anerkannt, daß nicht schon die Worte des Gesetzes selbst das Interesse bedeuteten, sondern erst die Interpretation über den Wortsinn hinaus den Inhalt der Klage erweitert habe[16]. Dieser erweiterte Inhalt beruht also auf einem selbstständigen Rechtssatze.

Höchst gewagt aber ist es, auf Grund dieses Entwicklungsganges bei der lex Aquilia in Verbindung mit der l. 6. D. de vi 43, 16. (in interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc jure nos uti) eine allgemeine Annahme dahin aufzustellen: daß die Worte quanti ea res est ursprünglich und in älterer Zeit fast ausschließlich auf den Sachwerth, später aber hauptsächlich auf das Interesse bezogen worden seien[17].

Das Wort res kommt aber auch in Anwendungen vor, in denen es sich um Nichts weniger, als um den Sachwerth handelt. So wird die Formel quanti ea res est auf Stipulationen bezogen, deren Gegenstand in einem reinen Thun oder Nichtthun oder doch einem incertum besteht. Dahin gehören vor Allem die, meist prätorischen, Stipulationen: aliquem judicio sisti, ratam rem dominum habiturum, judicatum solvi mit der Klausel: dolum malum abesse abfuturumque, damni infecti und andere[18].

16) §. 10. I. de lege Aquil. 4, 3.: Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse e. q. s.

17) So besonders v. Savigny S. 443 flgde. und Mommsen S. 47. Dagegen mit Recht: Windscheid, Recension über Mommsen, in der Heidelberger krit. Zeitschr. II. S. 529. Die abweichende Meinung des Juristen Servus in der l. 6. D. de vi bezog sich nicht darauf, ob das quanti ea res est das Interesse oder den Sachwerth bedeute, sondern auf die davon sehr verschiedene Frage, ob der Werth des Besitzes dem Werthe der Sache gleichstehe. Mit Recht entgegnet darauf Ulpian: longe aliud est rei pretium, aliud possessionis!

18) l. 2. §. 2. l. 11. D. de stip. praet. 46, 5. l. 81. §. 1. D. de V. O. 45, 1. l. 3. pr. l. 8. §. 2. D. ratam rem 46, 8. vgl. besonders Mommsen S. 52.

An eine Sache ist hier gar nicht zu denken, res kann also nur die stipulirte Leistung und quanti res est demgemäß nur den Werth dieser Leistung für den Gläubiger bedeuten[19]. Der Werth der Leistung als der stipulirten Thatsache, d. h. die Wirkung derselben für das Vermögen des Gläubigers, steht aber in Umfang und Inhalt dem id quod interest völlig gleich, und so kommt dieses mittelbar mit dem quanti ea res est überein. Eine ähnliche Bedeutung hatte jedenfalls das quanti res est unter denselben Umständen auch bei den freiwilligen Stipulationen, deren Gegenstand es wurde[20].

Ebenso sicher ist die Beziehung desselben auf das Interesse bei den Interdicten uti possidetis und de vi, den actiones de dolo und quod metus causa, der actio de servo corrupto, und der in factum actio gegen den falsus tutor[21]. Res bedeutet in diesen Fällen das Delict, resp. die dolose Handlung, an deren Unterbleiben der Kläger ein Interesse hat.

Nicht minder bezog sich res bei den auf Restitution einer Sache gerichteten actiones in rem und in personam, sowie den restitutorischen Interdicten auf die das Interesse des Klägers bedingende Thatsache: die Restitutionshandlung[22].

Bei dem Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, bedeutet res das Object der Klage, z. B.

19) Manche reden — nicht gerade sehr präcis — hier von einem „Werthe der streitigen Angelegenheit im Ganzen." Dies könnte sehr wohl bloß das Streitobject bedeuten, wie in der l. 5. §. 1. D. ne quis eum 2, 7.

20) l. 38. §. 2. D. de V. O. 45, 1. cfr. l. 81. D. pr. eod. Savigny S. 454. Mommsen S. 52.

21) l. 3. §. 11. D. uti poss. 43, 17. l. 6. D. de vi 43, 16. l. 17. pr. l. 18. pr. D. de dolo 4, 3. l. 14. §§. 1. 7. l. 21. §. 2. D. quod metus c. 4, 2. l. 7. D. quod falso tutore, 27. 6. l. 1. pr. D. de servo corrupto 11, 3. Wegen der l. 14. §§. 8. 9. D. eod. s. Mommsen S. 53. Note 25.

22) l. 68. D. de R. V. 6, 1. l. 71. eod. Gaj. IV. §. 163. cfr. §§. 47. 51.

das eingeklagte creditum — und zwar seinem wahren Werthe nach, im Gegensatz zu dem Fall der l. 5. §. 1. D. ne quis eum 2, 7., wo das Object der Klage nach der einseitigen Werthsangabe des Klägers berücksichtigt wird[23]. Das Interesse des Klägers an der Besitzeinweisung besteht aber in Nichts Anderem, als dem Object der Klage, dessentwegen er eben in den Besitz gewiesen wird. So trifft das quanti res est wieder mittelbar mit dem Interesse zusammen[24].

Ob das quanti res est bei der actio furti auf das Interesse oder den Sachwerth geht, ist für den Sprachgebrauch gleichgültig, da die doppelte Bedeutung der Formel durch unzweifelhafte Quellenaussprüche anderweit feststeht[25].

Dem Wesen des Interesse kommen näher die Ausdrücke: commodum, utilitas, omnis utilitas. Schlechthin und ohne Beisatz sind sie jedoch ebenfalls keine genaue Bezeichnung des Interesse, indem sie einen absoluten Vortheil bezeichnen würden, während das Interesse Etwas Hypothetisches ist. Selbst aber mit dem nöthigen Zusatz versehen, würden sie das Interesse mehr definiren, als bezeichnen. Eine solche Ausdrucksweise wäre ebenso befremdlich, als wenn man statt von der „Tödtung eines Menschen" immer von der „Tödtung eines mit Vernunft begabten Wesens" reden wollte.

Wo daher das Wort utilitas im Zusammenhange der Rede das Interesse bedeutet[26], ist es ebenfalls nur ein umschrei-

---

23) — quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est.

24) — Haec verba quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit, continent utilitatem creditoris, ut quantum ejus interest, possessionem habere, tantum ei qui prohibuit condemnetur. l. 1. pr. §. 5. D. h. t. 43, 4. cfr. l. 2. pr. l. 6. §. 1. D. quib. ex caus. 42, 4.

25) S. darüber v. Savigny S. 446—453. Dagegen: Puchta, Pand. §. 224. Note c. vgl. Mommsen S. 54. 55.

26) l. 9. §. 8. D. ad exhib. 10, 4. l. 2. pr. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. l. 11. §. 18. D. de act. empti. 19, 1. l. 4. §. 7. D. de damno inf. 39, 2. u. ö. S. Mommsen, S. 41.

bender Ausdruck; freilich umschreibt es dann nicht bloß den Umfang, sondern auch das Wesen des Interesse.

Die Worte: causa rei, omnis causa, tota causa endlich bedeuten nicht das Interesse der Hauptsache nach, sondern fassen nur gewisse bestimmte Nebenvortheile zusammen. Vorzugsweise werden dadurch gewisse Wirkungen der Litiscontestation und der Mora, als: Früchte, Zinsen und usucapiendi conditio bezeichnet[27]. Sodann werden sie öfter für die auf gewissen Modalitäten der Leistung in Zeit und Ort beruhenden Vortheile gebraucht[28], und endlich in allgemeiner Weise für Thatumstände und Verhältnisse, welche für den Gegenstand von Rechten in rechtlicher oder factischer Beziehung, und namentlich auf den Werth desselben von Einfluß sind, z. B. die pignoris causa, eine qualitas corpori cohaerens, causa statuliberi[29] und dgl.

Die Ausdrücke causa, omnis causa bedeuten daher nur gewisse Nebenvortheile, welche, wie irgendwelche andere Vortheile, möglicherweise den Inhalt oder wenigstens einen Bestandtheil des Interesse bilden können.

Als einziger Ausdruck für das Interesse nach Wesen und Natur bleibt daher nur das id quod interest.

§. 8.
Das Affectionsinteresse.

Liegt das Interesse in dem ideellen Vortheile einer inneren Befriedigung und Genugthuung, so spricht man von einem Affectionsinteresse. Affectionsinteresse ist demnach:

Die Befriedigung des Gefühls, welche für Jemand aus gewissen Thatsachen und Ereignissen hervorgeht.

---

27) z. B. l. 20. D. de R. V. 6, 1. l. 35. D. de V. S. 50, 16.

28) l. 15. D. de compens. 16, 2. l. 8. D. de eo quod cert. 13, 4. vgl. Sav. VI. S. 101. 105.

29) l. 22. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 18. §. 2. D. de pig. act. 13, 7. l. 12. §. 2. D. fam. hercisc. 10, 2. l. 2. D. de statul. 40, 7. l. 45. §. 2. D. de fideicomm. lib. 40, 5.

Die Thatsachen, mit denen sich dieses Interesse verbindet, sind an keine besondere Beschaffenheit gebunden. Es ist Nichts irriger als anzunehmen, daß dieselben immer nothwendig ideeller Natur sein müßten. So paradox dies klingt: sogar an einer Geldleistung kann man ausschließlich ein Affectionsinteresse haben, und es giebt Fälle, wo bei Thatsachen von rein pecuniärer Bedeutung durchaus kein Vermögensinteresse begründet ist. Dies ist einfach der Fall, wo Jemand von schweren Vermögensverlusten betroffen wird, und dies für das Gefühl eines Anderen vermöge eines zwischen beiden bestehenden nahen Verhältnisses durchaus nicht gleichgültig ist. Dieser Andere hat hier möglicherweise nur ein Gefühls- und gar kein Vermögensinteresse daran, daß der Erstere die Verluste nicht erlitten hätte.

Die Quellen sind reich an Beispielen des Affectionsinteresse. So kann es für den Verkäufer einer Sclavin hinsichtlich des Affects von Interesse sein, daß dieselbe bei dem Käufer nicht mißhandelt, zur Prostitution benutzt, oder wegen etwaiger geringer Vergehen exportirt werde.

Umgekehrt kann ein Anderer Gefallen daran finden, wenn der Sclave bei dem neuen Herrn die härteste Behandlung erfährt.

Ein Affect knüpft sich ferner sehr oft an die Erhaltung von Gegenständen, die man von nahestehenden Personen zum Andenken erhalten hat. Ebenso kann es für das Gefühl Jemandes nicht gleichgültig sein, ein Landgut zu besitzen, auf dem sich die Grabstätten seiner Vorfahren befinden, oder auf dem er erzogen ist und seine Jugend verlebt hat, u. dgl. m[30].

Die Bezeichnungen für das Affectionsinteresse sind die Worte: affectio, affectionis ratione interesse, im Gegensatz zu dem pecuniariter interesse l. 6, 7. D. de servis export. 19, 7.

30) l. 6. 7. D. de serv. export. 18, 7. l. 35. D. de minor. 4, 4. l. 36. D. de bonis libert. 38, 2. l. 1. §. 15. D. si quid in fraudem patroni 38, 5. l. 54. D. mandati 17, 1.

Mit dem Affectionsinteresse ist nicht zu verwechseln der Affectionswerth. Beide stehen in demselben Verhältnisse, wie der Sachwerth und das Vermögensinteresse.

Die Vortheile, welche den Gegenstand eines Interesse bilden können, sind nun aber keineswegs mit den Vermögensvortheilen und den Affecten erschöpft. Es giebt eine Klasse von Vortheilen, welche in der Mitte liegen, einerseits nicht so ideell, wie die Affecte, sind, weil sie nicht bloß in dem Gefühle existiren, sondern ein reales Dasein haben, andererseits aber nicht den pecuniären Charakter der Vermögensvortheile haben, weil sie auf keinen Fall in Gelde schätzbar sind.

Gerade die edelsten Güter der Menschen gehören hieher: Freiheit, Leben, Ehre, Gesundheit, Schönheit u. s. w. Eine Schätzung, einen Ersatz derselben giebt es nicht, denn sie sind unschätzbar und unersetzlich[31]. Dennoch knüpft sich an ihre Erhaltung das lebhafteste Interesse und dieses findet seinen Schutz in Strafen und Bußen[32]. Namentlich ist dieser weitere Begriff des Vortheils und des Interesse für das Strafrecht selbst von der größten Bedeutung.

Mittelbar können sich mit derartigen Vortheilen wie mit jedem anderen thatsächlichen Momente sehr bestimmte Vermögensinteressen verbinden. Die Ungewißheit in Ansehung des Status oder eine Körperverletzung kann für den Erwerb und das Fortkommen Jemandes von dem größten Einflusse sein. Der dadurch herbeigeführte Vermögensschaden bildet alsdann den Gegenstand eines vollgültigen Ersatzanspruches. Es ist dann aber nicht das unschätzbare Lebens-

31) l. 106. 176. D. de regulis jur. 50, 17. l. 39. D. de fideic. libert. 40, 5. l. 1. §. 5. D. de his qui effud. 9, 3. l. 2. §. 2. D. de lege Rhodia 14, 2. l. 3. D. si quadrupes 9, 1. l. 126. §. 1. D. de R. J. 50, 17. l. 14. §. 1. D. de servo corr. 11, 3. l. 103. D. de V. O. 45, 1.

32) l. 1. pr. D. de his qui effud. 9, 3. l. 14. §. 1. D. 11, 3.

gut, sondern das damit zusammenhängende Vermögensinteresse, welches ersetzt wird[33].

Die väterliche Gewalt, Ehe und Verwandtschaftsverhältnisse[34] sind ebenso unzweifelhaft Gegenstand eines rechtlichen Interesse und doch bestehen sie weder in einem Vermögenswerthe, noch in einem Affecte. So ergeben sich die verschiedenartigsten Interessen. Sie beruhen in der Natur des Menschen, dessen Bestimmung nicht darin aufgeht, bloß Vermögenssubject zu sein.

§. 9.

Bedeutung des Interesse..

Das Interesse findet im Rechte die ausgedehnteste Anwendung: bald als Gegenstand, bald als Erforderniß von Rechten.

I. Insbesondere hat in dieser Hinsicht das Vermögensinteresse eine Bedeutung, wie kein anderer rein thatsächliche Begriff. Es giebt keine Obligation, als deren ursprünglicher oder nachfolgender Gegenstand es nicht möglicherweise vorkommen könnte. Im classischen Rechte war bei dem Mangel der Naturalexecution das Interesse die legale Form, in welcher dingliche, wie obligatorische Rechte ihre Realisirung fanden. Diese Bedeutung hat es heute noch, nur in mehr eventueller Weise.

Von nicht geringerem Belange ist das Vermögensinteresse als Erforderniß zur Begründung von Rechten, insbesondere der Obligationen[35].

---

33) l. 8. §. 2. D. ratam rem habere 46, 8. vgl. Mommsen a. a. O. S. 125.

34) l. 176. D. de R. J. 50, 17. l. 114. §. 8. D. de leg. I. 30, 1. cfr. l. 92. 93. D. de cond. et demonst. 35, 1. Gellius, noctes Atticae IV. cap. 4.: quanti interfuerat, eam uxorem accipi aut dari.

35) Die nähere Ausführung dieses Satzes muß einem anderen Theile des Obligationenrechts überlassen bleiben.

II. Das Affectionsinteresse theilt nur diese letztere Bedeutung mit dem Vermögensinteresse, da es seiner Natur nach nicht Gegenstand von Rechten sein kann. Kraft besonderen Rechtsgrundsatzes wird bei gewissen Klagen und Rechtsmitteln statt des regelmäßig erforderlichen Vermögensinteresse schon ein Affectionsinteresse zur Begründung des Anspruchs für ausreichend erachtet.

Der Gegenstand der Obligation muß sich selbstverständlich auch hier auf Geld zurückführen lassen, da der Affect nur ein Erforderniß der Obligation vertritt. Die ältere Theorie drückt dies so aus: der Affect ist wohl Grund, aber nicht Gegenstand einer Klage.

Diese Bedeutung des Affectionsinteresse findet sich in einer Reihe von Stellen auf das Bestimmteste ausgesprochen.

Nach einer in der l. 6. 7. D. de servis export. 18, 7. mitgetheilten Ansicht Papinian's sind Nebenverabredungen bei dem Verkauf eines Sclaven über die künftige Behandlungsweise desselben, welche unter Bestimmung einer Conventionalstrafe, jedoch ohne die Form der Stipulation getroffen sind, nur insofern von rechtlicher Bedeutung, und kann daraus nur insofern auf die bedungene Conventionalstrafe geklagt werden, als mit der Erfüllung der Verabredung für den Gläubiger ein Interesse verbunden ist.

Es wird nun ausdrücklich hervorgehoben, daß in dieser Hinsicht schon ein Affectionsinteresse des Gläubigers genügen soll[36]. Der Gegenstand der Klage ist aber nicht etwa der Werth des Affects, sondern die Strafe[37].

36) l. 7. cit.: Servus ea lege venit, ne in Italia esset, quodsi aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege, in poenam, quam alii promiserit, inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur. quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. Quodsi ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur.

37) Der in der Stelle gemachte Unterschied zwischen der Befriedi-

Zwar ist diese Ansicht Papinian's in der l. 7. cit. speciell für den Fall des Kaufes unzutreffend. Denn zu derartigen Verabredungen im Falle eines Kaufes bedarf es weder eines Vermögens-, noch eines Affectionsinteresse, da es so angesehen wird, als wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf die Erfüllung der Nebenverabredung niedriger bestimmt sei und die bedungene Strafe eben nur den niederen Theil des Kaufpreises darstelle, der, wenn die Verabredung nicht erfüllt wird, nachträglich eingeklagt werden kann.

Papinian hat auch demgemäß seine obige Ansicht später zurückgenommen[38].

Dennoch aber bleibt die darin ausgesprochene Bedeutung des Affectionsinteresse für andere Fälle bestehen. Der Affect hat demnach nicht die Bedeutung, Gegenstand eines Rechtes zu sein, sondern nur die, das mangelnde Erforderniß eines Vermögensinteresse zu ersetzen.

Kein anderes Resultat liefert die bekannte l. 54. pr. D. mandati 17, 1.

Wenn ein Sclave Jemandem den Auftrag giebt, ihn von seinem Herrn loszukaufen und demnächst freizulassen, so wird der Herr wegen seines in der Regel mangelnden Interesse nur aus dem Kaufe berechtigt, nicht aber aus dem Mandate. Er kann also nicht die Freilassung des Sclaven, an der er kein Interesse hat, sondern nur aus dem Kaufe den Kaufpreis verlangen[39]. Hat er jedoch auch nur ein Affectionsinteresse

---

gung des unedlen Gefühls der Rache und der wohlwollenden, auf eine schonende Behandlung des Sclaven gerichteten Absicht kommt aus einem anderen Gesichtspunkte in Betracht. Darüber unten.

38) l. 6. §. 1. D. de serv. exp. — in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo veniisse videatur.

39) Das bloße Mandat des Sclaven an den Dritten, ihn loszukaufen, war ungültig, tam ex persona servi (quia hoc liber mandare non potest), quam ex persona domini, quoniam, qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat. Man hat jedoch nachgegeben, daß ein im Voraus ertheilter Auftrag zur Vornahme der Freilassung nach

an der Freilassung, etwa weil der Sclave sein natürlicher Sohn oder Bruder, so hat er neben dem Kaufe auch die Klage aus dem Mandate. Der Affect ist unleugbar hier wieder nur Erforderniß der Obligation, während Ziel und Zweck derselben die Freilassung ist.

Die Stelle spricht sich nun darüber nicht aus, worauf die Verurtheilung geht, wenn der Dritte die Freilassung unterläßt.

Die Annahme, daß der Betrag zu leisten sei, um welchen der Kaufpreis in Erwartung der Freilassung etwa niedriger bestimmt worden war, ist völlig unhaltbar, da nicht aus dem Kaufe, sondern aus dem Mandate geklagt wird. Auch läge bei dieser Annahme ein Vermögensinteresse vor[40].

Mindestens ebenso unannehmbar ist aber der Ausweg, als sei der Affect sogar Gegenstand der Obligation, insofern „auf eine vom Richter unter Berücksichtigung des Affectionsinteresse zu bestimmende Geldsumme" condemnirt und dem Gläubiger dadurch eine Genugthuung gewährt werden soll[41].

Es handelt sich in der Stelle nur darum, daß geklagt, nicht, auf was geklagt werden kann, und nur in ersterer Beziehung wird der Affect in Betracht gezogen. Aus dem Affect, affectus ratione, nicht auf den Affect wird geklagt. Ueberdies würde bei jener Annahme in Wahrheit nicht der Affect, der unschätzbar, sondern das festzusetzende Quantum, die Buße, Gegenstand der Klage sein. Dieser willkürlich vom Richter supponirte und nicht von den Parteien verein-

---

dem Abschlusse des Kaufs und geschehener Uebergabe, nachdem also der Sclave in das Eigenthum des Käufers übergegangen ist, wirksam sein sollte. Ausführlich behandelt dies Rechtsverhältniß die cst. unic. C. si serv. extero se emi mandaverit 4, 36.

40) Dadurch erledigen sich die Ansichten von Donell., Comment. jur. civ. XXVI. c. 15. Magnus c. 5. (Meerm. III. p. 302.) und Mommsen S. 131. 132.

41) So Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 539. Ueber die Beziehung seiner Annahme zur Injurienklage s. unten.

barte Gegenstand widerspricht zu sehr der Contractsnatur des Mandats und steht zu vereinzelt im Gebiete der Vertragsobligationen da, als daß man sich jener Annahme anschließen könnte[42].

Wenn der Gläubiger kein anderes als ein Affectionsinteresse hat, so fehlte der Klage, wenn auch nicht das Erforderniß zur Begründung, so doch das geldwerthe Object, auf welches die Condemnation gerichtet werden konnte.

Ein solches konnte nur künstlich durch die Festsetzung einer Conventionalstrafe auf den Fall der Nichterfüllung der Verabredung, sei es mit oder ohne Stipulation, geschaffen werden. Daher fehlt auch in den Beispielen der l. 6. und 7. D. de serv. exp. eine solche Conventionalstrafe nicht, und selbst in Fällen, wo die Bestimmung der Freilassung ipso jure wirkte, wie bei unter dem Beding der Freilassung geschehenen Veräußerungen, pflegte die Gewöhnung des Verkehrs die getroffene Bestimmung immer noch durch Pönalversprechen zu sichern, welche freilich keine rechtliche Bedeutung hatten, weil der Fall der Zuwiderhandlung mit Effect Angesichts der ipso jure vor sich gehenden Freilassung niemals eintreten konnte[43]. Von einer Schätzung des Affects oder

42) Die l. 7. D. de praescr. verb. 19, 5. kann nicht gegen jene Annahme angeführt werden, da mit der Freilassung eines Sclaven nicht immer ein Affectionsinteresse verbunden zu sein braucht. — In der l. 5. pr. und §. 5. D. eod. liegt die Voraussetzung eines Affectionsinteresse sogar nahe; die Stelle legt aber kein Gewicht darauf und die in §. 5. gegebene Klage auf das quanti interest, servum habere, quem manumisit ist nicht eine condictio causa data causa non sec., sondern die, in diesem Falle der actio mandati contraria nachgebildete, eigentliche actio de praescr. verb. l. 5. §. 4. eod. in f.

43) cst. 5. 6. C. si mancipium ita fuerit alienatum 4, 57. Die l. 6. pr. D. cit. handelt ebenfalls von solcher unwirksamen Stipulation: ratio faciet, ut jure non teneat stipulatio, si, ne manumitteretur, exceptum est. nam incredibile est, de manumittentis actu ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Man hat nicht bloß an den wirkungslosen Akt gedacht, den die Freilassung des Käufers enthalten würde.

auch nur der Bestimmung eines Quantum mit Rücksicht auf denselben findet sich keine Spur. Ja man kann behaupten, wäre diese zulässig gewesen, so würde man leichter von den Conventionalstrafen abgegangen sein. So wird denn auch in der l. 54. pr. cit. die Voraussetzung einer — und zwar ohne Stipulationsform — bestimmten Conventionalstrafe gerechtfertigt sein.

Wie also — abgesehen von der Pönalstipulation, die immer ohne Rücksicht auf ein Interesse wirkt[44] — eine bedungene Conventionalstrafe nicht klagbar ist, wenn nicht mindestens der Gläubiger ein Affectionsinteresse an der Leistung hat[45], so ist umgekehrt der Affect nicht ausreichend, wenn nicht der Klage direct oder indirect ein geldwerthes Object gegeben ist.

Als Erforderniß zur Begründung der Klage erscheint der Affect auch im Falle der l. 71. D. de evict. 21, 2. Ein Grundstück, das Jemand gekauft und seiner Tochter zur Mitgift gegeben hatte, wird evincirt. Es ist die Frage, inwiefern deshalb aus dem Kaufe oder der duplae stipulatio geklagt werden kann. Die Tochter hat keinen Evictionsanspruch, da sie nicht mit dem Verkäufer contrahirt hat. Aber auch das Klagrecht des Vaters ist zweifelhaft, da das Grundstück ihm nicht mehr gehört und er also anscheinend kein Interesse hat.

Dennoch ist für ihn ein Vermögensinteresse mit Rücksicht auf den dereinstigen Rückfall der Dos in dem Falle, wo er die Tochter noch in seiner Gewalt hat, begründet. Dagegen beschränkt sich in dem Falle, wo die Tochter emancipirt ist, seine Aussicht auf den Wiederanfall der Dos nur auf einen einzigen Fall, den er streng genommen abwarten müßte. Hier aber tritt sein Affectionsinteresse ergänzend ein und schafft ihm ein sofortiges Klagrecht.

44) l. 3. D. de V. O. 45, 1. l. 38. §. 17. D. eod. l. 38. D. de recept 4, 8. §. 19. I. de inut. stip. 3, 19. l. 11. i. f. D. de relig. 11, 7.

45) l. 6. 7. D. de serv. exp. 18, 7. Mommsen S. 21.

Der Gegenstand der Klage ist die dupla, oder, im Falle bloß aus dem Kaufe geklagt wird, der Betrag des Interesse, das die Tochter an der Nichteviction des Grundstücks hat[46].

Eine wichtige Anwendung des Affectionsinteresse bietet die l. 35. D. de minoribus 4, 4., nach welcher ein Minderjähriger, der sich bei der Licitation hat überbieten lassen, schon wegen eines Affectionsinteresse, gegen Erlegung des Mehrgebots, restituirt werden soll.

In der l. 36. D. de bon. lib. 38, 2., wo bei der bonorum possessio contra tabulas des Patrons der Affect neben einem zweifelhaften Vermögensinteresse herangezogen wird, kommt derselbe nicht zur Geltung, weil, wie die Stelle annimmt, die bonorum possessio, auch wenn die Erbschaft überschuldet ist, stets einen Vermögenswerth in sich schließt. Die eventuelle Heranziehung des Affects beweist jedoch soviel, daß der Berücksichtigung desselben an Stelle eines mangelnden Vermögensinteresse bei dem Rechtsmittel der bon. possessio an sich Nichts entgegenstand.

Dagegen schließt das Interdict si quid in fraudem patroni factum sit principiell den Affect aus und erfordert nothwendig ein damnum pecuniarium l. 1. §. 15. D. h. t. 38, 5.

Mit Unrecht will man ein Affectionsinteresse in der l. 16. §. 1. D. quod vi 43, 24. angedeutet finden[47]. Wenn nichtfruchttragende Bäume heimlich oder gewaltsam niedergehauen werden, so soll nach dieser Stelle außer dem Eigenthümer auch dem Nießbraucher das Interdict zustehen, sofern die zerstörten Baumanlagen eine Annehmlichkeit des Grundstücks gewährten. Der Sinn der Stelle ist offenbar der: An fruchttragenden Bäumen hat der Usufructuar entschieden ein Interesse und wird durch die Zerstörung derselben sein

46) S. Mommsen S. 126. Note 18. Daß die eingeklagte Evictionssumme wieder in die dos falle, versteht sich jedoch nicht ohne Weiteres von selbst.

47) s. Mommsen S. 129—130.

Fruchtrecht wesentlich beeinträchtigt. Unfruchtbare Bäume sind dagegen für ihn nur insoweit ein Gegenstand des Interesse, als durch die etwaige Annehmlichkeit derselben seine Nutzung und besonders deren Werth gewinnt. Für den Eigenthümer bleibt, auch abgesehen von dem Nutzungswerthe, immer noch der Werth der zerstörten Hölzer bestehen.

Das Interesse des Eigenthümers, wie des Fructuars, ist daher lediglich pecuniärer Natur, und ein solches Interesse bildet denn auch nur den Gegenstand der Condemnation bei dem fraglichen Interdicte. Ganz unrömisch ist die Annahme einer Naturalrestitution oder Herstellung eines dem früheren gleichkommenden Zustandes als Gegenstandes der Condemnation [48].

Von einem Affectionsinteresse handelt die Stelle keinenfalls, da die objective Annehmlichkeit eines Grundstücks, auch ohne Erhöhung des pecuniären Werths desselben, doch Nichts so lediglich Ideelles, wie der Affect, ist.

Die angeführten Stellen ergeben unzweideutig, in welcher Art die Anwendung des Affectionsinteresse zu denken ist. Daß dasselbe eine Schätzung zulasse, und, wie ein Vermögensinteresse, den Gegenstand einer Klage bilden könne, ist eine Ansicht [49], welche sich weder in die Natur der Sache, noch in den Sinn der Quellen zu finden weiß, und daher mit Recht heut fast allgemein aufgegeben ist. Die Anhänger derselben faßten es zu buchstäblich auf, wenn es heißt: affectus rationem habendam, und unterließen es, sich die practische Gestaltung dieses Satzes in den unzweideutigen Anwendungen der Quellen zu vergegenwärtigen. Zum Ueberflusse heben diese noch mehrfach die Unschätzbarkeit des Affectes hervor [50].

48) l. 15. §. 9—12. l. 22. §. 2. D. eod. A. M. Mommsen, S. 130.

49) Vertheidigt von: Gans, Obligationenr. S. 68 flg. v. Savigny, System V. S. 466.

50) l. 33. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2. l. 63. pr. D. ad leg. Falc.

Die dargelegte Bedeutung des Affects erstreckte sich hauptsächlich auf die bonae fidei judicia[51]. Dieselbe hatte jedoch, wie sich aus einigen der oben erwähnten Stellen ergiebt, in gewisse Bildungen des prätorischen Rechts, vor Allem in die restitutio in integrum und die bonorum possessio Eingang gefunden. Heutzutage, wo der Unterschied der strengen und freien Klagen weggefallen ist, wird das Affectionsinteresse allgemein zur Anwendung kommen können, wo es nicht, wie bei dem Interdict si quid in fraudem patroni, ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Soll der Affect Berücksichtigung finden, so darf er jedoch den guten Sitten nicht zuwiderlaufen. Daher versagt Papinian in der mehrerwähnten l. 6. und 7. D. de serv. export. einem auf Befriedigung der Rache durch eine harte Behandlung des verkauften Sclaven gerichteten Affect die rechtliche Anerkennung; er geht sogar soweit, vom Standpunkte der guten Sitte aus in einem solchen Falle überhaupt das Dasein eines Affectionsinteresse zu negiren[52].

Zu eng ist es, wenn Puchta, Pand. §. 220. das Affectionsinteresse nur da zulassen will, wo „die Forderung, zu deren Begründung es dienen soll, für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist."

Gerade die Hauptstellen: die l. 54. pr. und l. 7. cit. lassen den Affect unbedingt und ohne Rücksicht darauf zu, ob zugleich eine sittliche Pflicht vorhanden ist oder nicht.

Die sonst von Puchta angeführten Stellen reden aber

35, 2. l. 6. §. 2. D. de oper. serv. 7, 7. In l. 3. D. si quadrupes 9, 1. l. 7. pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2. handelt es sich um reale, nur nicht gerade pecuniäre Güter.

51) l. 54. pr. D. mand. 17, 1.: placuit prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam.

52) l. 6. D. de serv. export. 18, 7.: viro bono non convenire, credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. l. 7. D. eod. in f.: beneficio affici hominem inter(est) hominis, enimvero poenae non irrogatae indignatio solam duritiem continet.

überhaupt nicht von einem Affectionsinteresse. Wenn es in der l. 1. §. 2. in f. D. de tutel. act. 27, 3. heißt: Ein Vormund mache sich nicht nur nicht verantwortlich, wenn er zur Unterstützung nothleidender naher Verwandter seines Mündels, z. B. dessen Mutter oder Schwester, eine Schenkung vornehme, sondern er hafte sogar, unter Umständen, wenn er eine solche Unterstützung verabsäume, — so bezieht sich dies offenbar auf den Nachtheil, der dem Pupillen dadurch entstanden ist, daß sein Vormund Personen, denen er gesetzlich zum Unterhalte verpflichtet ist, diesen verweigert hat, und jene in Folge dessen klagbar geworden sind. Der Vormund hat also dem Pupillen den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. Von einem Affecte aber ist keine Rede und die Pflicht zur Erhaltung jener nächsten Verwandten ist nicht bloß eine sittliche, sondern auch eine rechtliche[53].

Ebenso unzutreffend ist die l. 7. D. de annuis legatis 33, 1., welche von dem Falle handelt, wo Jemand mit der Verpflichtung zum Erben eingesetzt ist, dem Erblasser für eine bestimmte Summe ein Monument zu errichten. Wenn hier dem Miterben eine Klage zugesprochen wird, so erklärt sich dies aus dem Gesichtspunkte, daß der Testator den Erben in der Voraussetzung der Erfüllung der Auflage berufen hat und der Erbe entweder erfüllen oder sich gefallen lassen muß, daß ihm zu Gunsten seines Miterben ein entsprechender Betrag von seinem Erbtheile gekürzt wird. Denn Beide beschränken sich einander und der Miterbe hat ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Auflage, da sonst der Andere mit ihm unbeschränkt an der Erbschaft participiren würde. Er wird daher die Auflage so lange geltend machen, bis der Andere sie erfüllt hat. So kam die testamentarische Bestimmung indirect zu Kräften, obwohl der Miterbe unmittelbar an der Errichtung des Monuments kein Interesse

53) Ueber die gesetzliche Alimentationspflicht gegen Verwandte vgl. Puchta, §. 316. Note h.

hatte[54]. Die actio familiae herciscundae war ein bequemes Mittel, die Vollziehung der Auflage zu erzwingen.

Der Gesichtspunkt der Voraussetzung liegt auch der l. 71. pr. D. de cond. et dem. 35, 1. zu Grunde. Wenn es feststeht, daß Jemandem nur zu dem Zwecke eine Summe legirt ist, damit er zur Sicherung seines Unterhalts ein Grundstück dafür kaufe, so hat der Erbe ein Interesse („heredis interesse credendum est"), diesen modus aufrecht zu erhalten und sich dafür Caution bestellen zu lassen, da er sonst das Legat nicht nöthig auszuzahlen hat[55].

Noch weniger paßt die von Puchta ferner angeführte l. 44. D. de manumissis test. 40, 4. Der Grund, warum die Freigelassenen durch den Richter angehalten werden sollen, die Auflage, unter welcher ihnen die Freilassung ertheilt war: alle zwei Monate beim Grabmale der Testatrix Licht anzuzünden — liegt lediglich in der Bestimmung des Testaments, welche als solche extra ordinem aufrecht erhalten wurde, nicht aber in einer sittlichen Pflicht oder einem Affecte der Erben, deren die Stelle nicht einmal erwähnt, noch sonst Jemandes[56].

Die von Puchta behauptete Beschränkung für die Anwendung des Affectionsinteresse ist daher nicht begründet. Diese ist an keine andere Voraussetzung gebunden, als die, daß der Affect nicht den guten Sitten zuwiderlaufe.

III. Die Interessen, welche einen von dem Vermögens- sowie dem Affectionsinteresse verschiedenen Charakter haben,

---

54) S. Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, S. 169. Pomponius wollte sogar dem Miterben die actio praescr. verb. geben. l. 18. §. 2. D. fam. erc. 10, 2.

55) Windscheid, S. 127.

56) Der Zwang extra ordinem wird mehrfach zur Aufrechterhaltung testamentarischer Bestimmungen angewendet. l. 92. D. de cond. 35, 1. l. 7. D. de annuis leg. 33, 1. l. 50. pr. D. de H. P. 5, 3. l. 17. §. 2. D. de manum. test. 44, 4. l. 8. l. 14. §. 2. D. de religiosis 11, 7. l. ult. D. de mortuo inf. 11, 8.

so besonders die Ehre und Freiheit, kommen weder als Erforderniß noch als Gegenstand von Rechten in Betracht. Dagegen bilden sie ein gesetzgeberisches Motiv von größter Tragweite.

Unendlich viel wichtiger als das Geld sind dem Menschen die ihm von der Natur verliehenen Güter, dem Bürger die ihm als einem freien, vernünftigen Wesen und Träger von Rechten zukommenden Attribute. Aufgabe der Gesetzgebung ist es, diese Interessen im ausgedehntesten Maße und zugleich in ausge[illegible]ster Weise zu schützen.

Auch in dieser Beziehung steht das Röm. Recht unerreicht da. Die Schattirung der injuriarum actio ist nicht eine krankhafte Bildung römischer Empfindlichkeit, sondern der zarte Abdruck eines unabgestumpften Rechtsbewußtseins, welches das Unrecht in seinen fernsten Linien und Umrissen zu erfassen weiß.

Das Privatrecht empfängt dadurch erst den vollen Inhalt, den es seiner Natur und Bestimmung nach anzunehmen berufen ist. Es soll alle Seiten, die ganze Sphäre umfassen, welche dem Privaten als solchem zugehört. Es wäre einseitig, wenn es sich auf den Menschen als Vermögenssubject beschränken wollte, und das, was ihm außer dem Gelde werth und theuer ist, gleichgültig liegen ließe.

Die moderne Gesetzgebung will diese Interessen auf eine höhere Stufe heben, indem sie dieselben dem öffentlichen Rechte und insbesondere dem Schutze des Strafrechts überweist. Darüber geht aber die privatrechtliche Seite der Frage und ein großer Theil von dem Gebiete der injuriarum actio verloren. Denn da die Anwendung öffentlicher Strafen nicht für alle Anwendungen derselben gerechtfertigt ist, werden nur einzelne schwerere Fälle (Beleidigung, Verläumdung, Körperverletzung) festgehalten, dagegen der ganze übrige Inhalt aufgegeben. So hat jener Standpunkt bis jetzt nur dahin geführt, daß die actio injuriarum so gut wie ganz aus dem Privatrechte verschwunden ist, und an ihre Stelle nur einige

Strafgesetzparagraphen mit zum Theile prekärer Geltendmachung getreten sind.

Einen weit wirksameren Schutz, als öffentliche Strafen, gewährte das römische Institut, indem es dem Gegner arbiträre Geldstrafen auferlegte, die er dem verletzten Theile zu zahlen hatte. Neben der persönlichen Genugthuung erhielt dieser dadurch gleichzeitig eine Art Ersatz für den durch die Kränkung mittelbar ihm verursachten Vermögensschaden, für den er nur höchst selten oder nur mit großer Schwierigkeit einen juristischen Beweis herstellig machen kann. Dabei blieb aber das Geld immer nur das Mittel zum Zwecke der Genugthuung auf der einen, und der Demüthigung auf der anderen Seite.

Noch außerhalb der actio injuriarum wurde der Begriff der Genugthuung und Buße für Interessen von nicht pecuniärem Charakter mehrfach angewendet. So bei der der actio de servo corrupto nachgebildeten Klage wegen Verführung von Hauskindern, ferner der actio de homine libero exhibendo, der actio de effusis et dejectis, wenn durch das Herabfallen von Gegenständen aus einem Hause Jemand (liber homo) getödtet oder verwundet war, l. 1. pr. §. 5. 6. D. h. t. 9, 3. Wiederholt wird hiebei der Vorstellung entgegengetreten, als solle die festgesetzte Buße den Werth des verletzten Lebensgutes darstellen.

Ebenso hat die in dem Falle der l. 8. §. 2. D. ratam rem 46, 8. von dem Procurator, der gegen Jemand eine Statusklage angestellt hatte, diesem als Caution versprochene Summe den Zweck einer Buße, welche für den Fall der Nichtgenehmigung der Klage Seitens des dominus dem Beklagten zu leisten war, damit der Status desselben nicht ungestraft von Neuem in Frage gestellt würde. Eine chicanöse Statusklage fällt überdies unter die actio injuriarum l. 11. §. ult. l. 12. D. de injuriis 47, 10. Wenn in der l. 8. §. 2. cit. dem Beklagten für das Interesse cavirt werden soll, was er daran hatte, nicht abermals wegen seines Status beunruhigt zu

werden, so kann dies nur ein etwaiges Vermögensinteresse bedeuten, da das ideelle Interesse der Sicherheit des Status nicht dem Umfange nach festgestellt und geschätzt werden kann. Eine willkürliche richterliche Bestimmung eines Quanti aber darf man nicht annehmen, da es sich wieder um ein reines Contractsverhältniß handelt: um die Stipulation[57]. Ebensowenig ist ein Rückschluß auf das Affectionsinteresse über die Zulässigkeit einer arbiträren Schätzung desselben aus den vorstehenden Fällen gerechtfertigt, da dieselben reale Interessen behandeln, die von der rein subjectiven Natur des Affectionsinteresse noch wesentlich verschieden sind[58].

II. Erfordernisse des Interesse.

Vorbemerkung.

Der Begriff des Interesse — es ist hier vom Vermögensinteresse die Rede — ist in der practischen Anwendung oft sehr zweifelhaft. Deßhalb wird es nöthig, die einzelnen Bestimmungen desselben näher zu entwickeln.

Ohne Frage ist hiebei von dem eigenthümlichen Wesen und dem dargelegten Grundbegriffe des Interesse auszugehen. Die Vorstellung des Schadens würde in gewissen Beziehungen ein äußerlich gleiches Resultat liefern. Man müßte aber erst in den Begriff des Schadens die Erfordernisse des Interesse hineinconstruiren, während diese unmittelbar aus ihrem Begriffe sich viel deutlicher ergeben. Eine Theorie des Interesse darf nicht bei einer äußerlichen Umschreibung des Begriffes stehen bleiben, sondern hat die Aufgabe, das eigentlichste Wesen desselben zur Anschauung zu bringen. Nur so allein läßt sich in die Bedeutung des Interesse für das Obligationenrecht nach allen Seiten hin und nicht bloß in seiner Function als Gegenstand von Leistungen ein tieferer Einblick gewinnen.

---

57) A. M. Mommsen, S. 125. Windscheid, S. 539.

58) Entgegen: Windscheid, S. 539, 540.

Ueberdies sind die Schriftsteller, welche die Vorstellung des Schadens beibehalten, nicht der Gefahr entgangen, gerade bei Entwickelung der Erfordernisse des Interesse Momente herbeizuziehen, welche nicht das Wesen, sondern die Verpflichtung zur Leistung desselben betreffen.

So spricht noch Mommsen bei seiner Entwickelung des Causalnexus des eingetretenen Schadens statt von der schadenden, durchweg von der zum Schadensersatz verpflichtenden Thatsache[59]. Der Umfang des Schadens wird lediglich durch die schadende Thatsache bestimmt. Das zum Ersatz verpflichtende Moment: Widerrechtlichkeit und culpa berührt ausschließlich die Ersatzpflicht. Der umgekehrte Fehler ist es, wenn Mommsen von seiner Auffassung aus dazu kommt, dem Causalzusammenhange zwischen dem eingetretenen Schaden und der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eine doppelte Bedeutung beizulegen: 1) für die Begründung des Anspruchs auf das Interesse, 2) für die Bestimmung des Umfangs des Interesse (S. 59). Das ausschließlich den Umfang bestimmende Moment wird damit zugleich als das zum Ersatz verpflichtende hingestellt. Für die Ersatzpflicht kommt vielmehr ein anderer Causalzusammenhang in Betracht: der zwischen der schadenden Thatsache und einer culpa des Beschädigers (culpa im weiteren Sinne).

Das zum Ersatz verpflichtende Moment läuft daher in der weiteren Entwickelung Mommsen's neben der schadenden Thatsache, ohne eigentlich zur Geltung zu kommen, nebenher und macht mitunter dem wahren Begriffe des Interesse Platz[60].

---

59) a. a. O. S. 59 flgde. S. 117 flgde. S. 138 flgde. S. 256.

60) So heißt es S. 138: „Das Interesse besteht hier (bei der actio legis Aquiliae) in Demjenigen, was der Kläger gehabt haben würde, wenn die Sache nicht beschädigt oder vernichtet wäre." Kurz vorher war die zum Ersatz verpflichtende Thatsache ausdrücklich als die verschuldete Beschädigung oder Vernichtung der Sache bezeichnet worden. S. 139, 148, 149 heißt es wieder: „Durch die Leistung des Interesse soll

Das verpflichtende Moment: der höhere oder geringere Grad der dem Debitor zur Last fallenden Schuld, hat keinerlei Einfluß auf den Begriff und Umfang des Interesse[61].

Die Classification der zum Ersatz verpflichtenden Thatsachen, sowie die Frage, wann im Falle der Nichterfüllung einer Obligation das Interesse oder der Sachwerth zu leisten, berührt endlich wieder nur die Ersatzpflicht, nicht das Interesse[62].

Windscheid (Heidelberger kritische Zeitschrift II. S. 541) sondert zwar die schadende und die zum Schadensersatz verpflichtende Thatsache; er meint jedoch, daß bei den Delicten Beides zusammenfalle und die zum Ersatz verpflichtende Thatsache unmittelbar auch den Schaden herbeiführe. Allein für den Schaden kommt nicht das, wodurch die Thatsache eine verpflichtende wird, die culpa des Beschädigers, sondern lediglich die beschädigende Handlung als solche in Betracht.

Abgesehen davon braucht auch bei Delicten die beschädigende Thatsache nicht nothwendig mit der verpflichtenden Handlung zusammenzufallen. Wenn z. B. ein Stein von einem Wagen herabfällt und dadurch Etwas zerbrochen wird, so ist die schadende Thatsache offenbar das Herabfallen des Steins; die zum Ersatz verpflichtende kann aber darin liegen, daß der Führer des Wagens die Steine schlecht aufgeladen hatte. Ebenso liegt bei einem Maulthiere, welches sich von einem zu seiner Lenkung gemietheten Sclaven losmacht und sich beim Durchgehen beschädigt, die schadende Thatsache offenbar darin, daß das Thier sich von dem Sclaven losgerissen hatte. Dagegen kann hier der Vermiether des Sclaven aus dem davon

---

dem Beschädigten dasjenige zu Theil werden, was er haben würde, wenn das beschädigende Ereigniß nicht eingetreten wäre."

61) A. M. Mommsen, S. 66, 255—256, der im Falle doloser Rechtsverletzungen eine abweichende Berechnung des Interesse eintreten läßt. S. darüber unten §. 15. a. E.

62) S. darüber unten §. 16.

ganz verschiedenen Grunde zum Ersatz verpflichtet sein, daß er statt eines tauglichen Sclaven einen zum Treiben des Thieres ganz untüchtigen Sclaven vermiethet hatte. l. 27. §. 33. 34. D. ad legem Aquil. 9, 2.

Auch bei Delicten ist daher das verpflichtende und das bloß schadende Moment scharf auseinanderzuhalten.

Der auffallende Unterschied zeigt sich darin, daß man wohl ein Interesse an dem Unterbleiben der schadenden, nicht aber an dem der zum Schadensersatz verpflichtenden Thatsache haben kann. Das Interesse an dem letzteren wäre geradezu Null, da die zum Ersatz verpflichtende Thatsache eo ipso für den Beschädigten einen Ersatzanspruch begründet, so daß, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorausgesetzt, nicht nur der erlittene Schaden vollkommen aufgewogen werden, sondern auch der Beschädigte, wenn durch das Delict Privatstrafen begründet werden, einen den Schaden weit übersteigenden Gewinn machen würde!

Bei Contractsobligationen ist anscheinend die Nichterfüllung die schadende und zugleich die verpflichtende Thatsache, da mit der Nichterfüllung die Interesseleistung gesetzlich von selbst verbunden ist, und die Frage, ob die Unmöglichkeit der Leistung eine verschuldete ist, vielmehr das Bestehen der Obligation überhaupt tangirt. In der That ist hier aber nicht sowohl die Nichterfüllung, als die gesetzliche Vorschrift das verpflichtende Moment. Gleichwohl aber würde gerade deßhalb der durch die Nichterfüllung herbeigeführte Schaden durch die ebendamit gesetzlich begründete Ersatzverbindlichkeit wieder völlig ausgeglichen werden und in Wahrheit also kein Schaden übrig bleiben. Das Interesse an der Nichterfüllung bewirkte hier also seltsamerweise noch nicht das Interesse an der Erfüllung.

Allen diesen Schwierigkeiten entgeht man, wenn man von vornherein dem wahren Begriffe des Interesse gemäß die Thatsache festhält, an der man ein Interesse hat, in dem ebenerwähnten Falle also: die Erfüllung der Obligation.

Zudem ist nach römischer Auffassung die Interesseleistung im Falle der Nichterfüllung nicht sowohl ein Schadensersatz wegen unterbliebener Erfüllung, als vielmehr ein gesetzlich anerkannter (indirecter) Modus der Erfüllung selbst. Indem das Römische Recht die Naturalexecution versagte, erklärte es ebendadurch auch die Naturalleistung als Etwas nicht Ausschließliches und mithin in das Belieben des Schuldners Gestelltes [63].

Irrig ist es, wenn Windscheid in den Fällen, wo der Schaden durch Vermittlung mehrerer Thatsachen eingetreten ist, diese mehreren Thatsachen als die schadenden annehmen will, z. B. sowohl die Nichterfüllung der Obligation, als die Bezahlung einer in Folge davon verwirkten Conventionalstrafe. Schadend ist hier allein die Nichterfüllung; hätte der Schuldner erfüllt, so wäre die Strafe nicht verwirkt worden.

Hält man den wahren Begriff des Interesse fest, so kann dies gar nicht in Frage kommen.

Nur dadurch, daß man von der beschädigenden Thatsache ausging, sind ferner die zahllosen Irrthümer über die Beschaffenheit des zu ersetzenden Schadens veranlaßt worden. Wie wären sonst die Zweifel möglich gewesen, ob dieser eine nothwendige und unvermeidliche, oder eine unmittelbare und vorherzusehende Folge der beschädigenden Thatsache, oder diese seine alleinige und ausschließliche Ursache gewesen sein müsse?

Ebendaher hat man auch das Vorhandensein eines Schadens als ein nothwendiges Erforderniß des Interesse hingestellt [64].

---

63) Darauf scheint die l. 13. §. 1. D. de re judic. 42, 1. zu gehen.

64) So Mommsen, S. 118—122. Die Frage, inwiefern ein künftiger Schaden eine Klage begründen könne, betrifft die Ersatzpflicht und nicht die Erfordernisse des Interesse. Die l. 40. D. ad leg. Aquil. 9, 2. erkennt in dem Falle eines bedingt eingetretenen Schadens eine bedingte

Alles weist somit darauf hin, den wahren Begriff des Interesse festzuhalten. Demgemäß ist zum Vermögensinteresse wesentlich Dreierlei erforderlich:

1. der Erwerb oder die Erhaltung eines pecuniären Vortheils für eine bestimmte Person (Subject und Object des Interesse),
2. eine gewisse Thatsache, an der man ein Interesse hat,
3. ein Causalzusammenhang zwischen jenem Vortheile und dieser Thatsache.

§. 10.

Subject und Object des Interesse.

Das Interesse muß sich zunächst auf ein bestimmtes Subject beziehen. Denn das Interesse ist nicht das absolut, sondern nur das für eine gewisse Person Vortheilhafte.

Die Verschiedenheit der Personen begründet oft eine Verschiedenheit der Interessen. Das Interesse des Procurator an der stipulirten Leistung ist ein anderes, als das des dominus l. 81. §. 1. D. de V. O. 45, 1. Ebenso ist der Fructuar oder Pfandgläubiger bei einer Sache in anderer Weise interessirt, als der Eigenthümer. l. 14. D. si quis cautionibus 2, 11. l. 19. D. ad exhib. 10, 14. l. 16. §. 1. D. quod vi 43, 24.

Das Interesse des Cessionars kann ein größeres, als das des Cedenten sein. Verändert sich das Subject, oder fällt es fort, so verändert sich und fällt auch das Interesse fort.

In Ansehung des Gegenstandes des Interesse bedarf es a) vor Allem eines Vortheils. Daher findet kein Interesse an einer ungültigen Schuldforderung oder sonst

Verpflichtung zum Ersatze an. — In der l. 24. §. 4. D. locati 19, 2. handelt es sich um das völlig zu übersehende Interesse des Pächters an der Nichterfüllung des Pachtcontracts Seitens des Verpächters.

einem unbegründeten Rechte Statt. Der, welcher wegen eines solchen in den Besitz gewiesen wird, hat daher auch kein Interesse an der Besitznehmung[65].

Ebenso ist ein unter der Ertheilung der Freiheit zum Erben eingesetzter Sclave, welcher durch Jemand getödtet wird, für den an seine Stelle tretenden Substituten kein Gegenstand des Interesse, da der Sclave als Erbe die Freiheit erlangt hätte[66].

Keinen Vortheil bringen ferner die Dienste eines kranken Sclaven. Die Leistung eines solchen ist daher ohne Interesse, aber nicht deßhalb, weil der Vortheil nicht mit der Leistung in einem gehörigen Causalzusammenhange stehen, sondern weil es überhaupt an einem Vortheile fehlen würde[67].

Wegen mangelnden Gegenstands hat auch der Erbe kein Interesse an der Bebauung eines legirten Grundstücks, und ebensowenig der Verkäufer eines Grundstücks an der stipulatio damni infecti bezüglich des nach der Uebergabe eintretenden Schadens, wenn dieserhalb schon der Käufer stipulirt hat[68].

Die stipulatio satisdationis endlich hat keinen Gegenstand, wenn die Forderung, für welche cavirt wird, einziehbar ist, da der Cavent nur für soviel haftet, als nicht vom Schuldner beizutreiben ist[69].

Der hier anfänglich nicht vorhandene Gegenstand kann später eintreten, wenn z. B. der betreffende Schuldner zahlungsunfähig wird.

65) l. 1. §. 5. D. ne vis fiat ei qui in poss. m. e. 43, 4.

66) l. 21. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. In der l. 15. §. 1. l. 16. l. 36. §. 1. D. eod. 9, 2. handelt es sich um einen Erben des Sclaven, nicht aber um einen dem Sclaven substituirten Erben des dominus, und tritt deshalb dort ein anderer Gesichtspunkt ein.

67) l. 79. D. de R. V. 6, 1. A. M. Mommsen, S. 150.

68) l. 32. D. locati 19, 2.

69) l. 13. pr. D. de re jud. 42, 1. l. 112. §. 1. D. de V. O. 45, 1. Anders stellt sich die Sache im Falle der l. 97. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

b) Der Vortheil, welcher den Gegenstand des Vermögensinteresse bildet, muß ferner pecuniärer Natur sein: also entweder in Geld bestehen oder sich auf Geld zurückführen lassen. Dadurch werden die Affecte und sonstige nicht pecuniäre Vortheile ausgeschlossen. Der landschaftliche Reiz oder die bequeme Lage eines Grundstücks ist pecuniärer Natur, insofern sie dem Grunstücke einen höheren Werth oder sonstige materielle Vortheile gewähren. Eigenschaften, die der Sache nur in der subjectiven Meinung ihres Besitzers einen Vorzug geben, kommen nicht in Anschlag[70].

c) Der Vortheil muß aber auch die gehörige Bestimmtheit haben, wodurch er aus der Masse der unzählig möglichen Vortheile zu einem selbständigen Dasein ausgeschieden wird.

Dieses Requisit, verbunden mit dem der pecuniären Natur, ergiebt einen bestimmten Vermögenswerth, auf den sich der Gegenstand des Interesse zurückführt.

d) Der bloße Vortheil genügt aber noch nicht; bei dem Interesse handelt es sich auch um den Erwerb oder die Erhaltung eines Vortheils: um das Haben.

Haben in diesem Sinne heißt: Etwas in seinem Vermögen haben, id, quod in bonis oder ex bonis est. Das Vermögen aber ist ein Inbegriff von Rechten. Gegenstand des Vermögensinteresse sind daher nur Vortheile, die man rechtlich hätte. In Wahrheit hat man nur das, was einem nicht ein Anderer beliebig nehmen darf[71].

Dieser rechtliche Charakter des Vortheils ist meistentheils nicht zweifelhaft. Das Thier, welches Jemandem getödtet wird, wird insgemein auch zu seinem Vermögen gehören. Ebenso die Geldsumme, die er als Conventionalstrafe erlegen muß, weil er das Thier anderweit versprochen hatte und nun

70) l. 54. D. de legat. 2. l. 1. §. 15. D. si quid in fraudem patroni 38, 5. l. 16. §. 1. D. quod vi aut clam 43, 23. l. 3. pr. D. de aqua cot. 43, 20.

71) l. 2. §. 22—24. D. vi bonor. rapt. 47, 8. §. 27. eod. 4, 2. l. 3. §. 9. 10. 11. D. ad exhib. 10, 4. l. 49. D. de V. S. 50, 16.

nicht leisten kann. Auch der Gewinn, den der Käufer mit der gekauften Sache hätte erzielen können, würde unstreitig in sein Vermögen fallen.

Aber es giebt Fälle, welche über die rechtliche Natur des Vortheils täuschen können. Einem Hauseigenthümer entgeht sicher ein Vortheil, wenn der Nachbar ihm die Aussicht verbaut. Hat er aber kein Recht auf die Aussicht, so war der Vortheil, dessen er sich bis dahin erfreute, rein factischer Natur. Der Mehrwerth, der seinem Hause dadurch gegeben wurde, kam ihm nicht rechtlich zu und befand sich daher auch nicht in seinem Vermögen.

Es wird ihm demgemäß in der l. 26. D. de damno infecto 39, 2. ein Interesse abgesprochen: non debet videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interest, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur.

Das lucrum bedeutet hier nicht einen entgangenen Gewinn, ein lucrum cessans. Der Vortheil sollte nicht erst gemacht werden, sondern der Eigenthümer hatte sich bereits längst im Genusse desselben befunden. Es würde in dieser Beziehung eher von einem wirklichen Schaden die Rede sein können. Lucrum bedeutet hier offenbar einen Vortheil, zu dem man kein Recht hat. Der Eigenthümer hat also um deßhalb keinen Ersatzanspruch, weil er in Wahrheit gar keinen Schaden hat. Es wird der Begriff des Schadens, der Begriff des Interesse und nicht bloß der Ersatzanspruch negirt.

Mommsen S. 135 zieht aus dieser Stelle nur das negative Resultat, daß darin nicht der entgangene Gewinn ausgeschlossen werde; dagegen entgeht ihm das positive Resultat, daß man nur dann ein Interesse hat, wenn man einen Vortheil rechtlich haben würde.

Ganz in derselben Weise erklärt sich die l. 71. §. 1. D. de furtis 47, 2.: Ejus rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit; quia furti agere potest is, cujus interest,

rem non subripi, interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus est.

Der pro herede possessor kann die actio furti nicht anstellen, weil er durch die Entwendung Nichts an seinen Rechten verliert. Trotzdem er usucapiren kann, erleidet er doch weder einen wirklichen Schaden, weil ihm die Sache noch nicht gehört, noch entgeht ihm ein Gewinn, weil er die Sache nicht rechtlich haben würde. Bevor er usucapirt hat, hat er nicht mehr Recht daran, als der Dieb, der sie ihm stiehlt!

Aber er kann die Sache durch Usucapion erwerben, und der Dieb hindert diesen vielleicht schon ganz sicher bevorstehenden Erwerb; es fehlte vielleicht nur noch ein Tag an der Vollendung der Usucapion? Warum soll dagegen der Käufer ein Interesse an dem Gewinne haben, den er durch die gekaufte Sache im Falle rechtzeitiger Lieferung hätte erzielen können? Hat er doch ebenfalls den Gewinn noch nicht erworben; er erwirbt erst durch den Abschluß des vortheilhaften Geschäfts, wie der pro herede possessor mit dem Ablaufe der Usucapionsfrist.

Allein der Unterschied ist immer der: Wer dem Käufer nicht rechtzeitig liefert, vereitelt ihm eine wohlberechtigte Disposition. Er hat durch den Kauf ein Recht erlangt, in der Voraussetzung der rechtzeitigen Lieferung über die Sache vortheilhaft zu disponiren. Der pro herede possessor hat dagegen kein vor Anderen besonderes Recht, zu usucapiren und nicht in der Vollendung der Usucapion gehindert zu werden. Das Gesetz giebt allgemein die Befugniß, daß Jedermann pro herede usucapiren kann; es verordnet aber nicht, daß der, der die Usucapion einmal angefangen, auch der zur Vollendung derselben allein Berechtigte sein solle. Das Recht, welches ihm zusteht, steht bis zur Vollendung der Usucapion einem jeden Anderen ebenso zu. Andernfalls würde nicht einmal der wahre Erbe dem pro herede possessor die Sache wieder abnehmen kön-

nen, da dieser, nachdem er einmal die Usucapion begonnen, besser berechtigt wäre, als jener.

Demgemäß wird in diesem Falle mit noch entschiedeneren Worten, als in der vorigen Stelle, das Interesse und zwar das Interesse als solches negirt (interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus est).

Man hat annehmen wollen, die Stelle setze mala fides voraus oder negire nur das Interesse, wie es zur Anstellung der actio furti erforderlich sei; die actio furti verlange ein Interesse, das auf einem ehrbaren Grunde beruht, die usucapio pro herede aber könne nicht als honesta causa gelten[72].

Eine solche Auffassung verbietet sich von selbst. Die usucapio pro herede ist ein gesetzlich sanctionirtes Rechtsinstitut; man darf daher nicht behaupten, daß es der Ehrbarkeit zuwiderlaufe, und Den, der sich auf dasselbe beruft, mit einem Diebe auf gleiche Linie stellen. Das Eigenthum würde dann in der That zum Diebstahl. Die usucapio pro herede ruhte auf religiöser Grundlage. Wenn Gajus sie improba nennt, so soll dies offenbar nur die Härte dieses Rechtsinstituts andeuten, keineswegs aber dasselbe als Etwas Unehrbares hinstellen.

Daß man dennoch die honesta causa zur Erklärung der Stelle herbeiziehen konnte, hat wohl darin seinen Grund, daß man dem Begriffe des Interesse nicht nahe genug getreten war, um damit die Ausschließung jenes lucrum in Einklang zu setzen.

Für die Auffassung des letzteren, insbesondere im Gegensatz zu dem Interesse, wie es zur actio furti erforderlich, ist ferner die l. 76. §. 1. D. de furtis 47, 2. von Bedeutung:

---

72) So Mommsen, S. 136, und Savigny, Besitz §. 40. S. 416. Eine mala fides ist bei der usucapio pro herede kaum denkbar.

Si quis alteri furtum fecerit, et id, quod subripuit, alius ab eo subripuit: cum posteriore fure dominus ejus rei furti agere potest, fur prior non potest: ideo, quod domini interfuit, non prioris furis, ut id, quod subreptum est, salvum esset. Haec Quintus Mucius refert, et vera sunt: nam licet intersit furis, rem salvam esse, quia condictione tenetur: tamen cum eo is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta ex causa interest: nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo extaret, nec extiturus esset, furem habere furti actionem: non magis enim tunc ejus esse (sc. furti actio)[73] intelligitur, qui lucrum facturus sit — — —.

Das interesse und das honesta ex causa interesse wird hier scharf unterschieden. Ebenso wird in anderen Stellen ausdrücklich gesagt: Nur das mit einer honesta causa verbundene Interesse begründe die actio furti[74].

Der Dieb, den ein Anderer bestiehlt, hat unleugbar ein Interesse, die gestohlene Sache zu behalten, da er dem Eigenthümer mit der condictio furtiva verhaftet ist, und diesen schadlos halten muß, wenn er die Sache nicht in Natur zurückgeben kann. Sein Interesse besteht aber nicht in der Sache selbst, denn diese gehört gar nicht zu seinem Vermögen, sondern in der Geldsumme, die er aus seinem Vermögen nehmen muß, um den Eigenthümer der Sache bei der condictio schadlos zu halten.

Trotz dieses starken Interesse wird ihm die actio furti abgesprochen, denn er hat sich selbst in Bezug auf die Sache eines Diebstahls schuldig gemacht und also keine honesta causa für sich[75].

73) Die Lesart der Vulgata: non magis enim tunc ejus interesse intelligitur hat im Ganzen denselben Sinn.

74) l. 10. 11. D. de furtis 47, 2

75) l. 14. §. 4. D. eod.

Aber den Fall gesetzt: der auf seinem Besitze ursprünglich haftende Fehler wird in der Folge getilgt; der Eigenthümer stirbt ohne Erben, und es findet sich kein Eigenthümer oder sonst Berechtigter zur Sache. Soll nicht hier der Dieb die actio furti anstellen können?

Allein es fehlt ihm jetzt gerade an allem und jedem Interesse. Da der Eigenthümer nicht mehr existirt, hat er auch nicht mehr die condictio zu fürchten und die Entschädigungssumme zu zahlen.

Zu seinem Vermögen gehört aber die Sache noch nicht, nach wie vor. Er hat sie nicht und also auch kein Interesse: non magis ejus interesse intelligitur, qui lucrum facturus sit! Er befindet sich jetzt in derselben Lage, wie der pro herede possessor. Er will, wie dieser, ein lucrum machen, ohne auf Grund eines besonderen wohlerworbenen Rechts[76].

Der Jurist Servius wollte, im Falle kein Eigenthümer vorhanden war, dem Diebe die actio furti verstatten. Mit Recht wird seine Ansicht von Pomponius verworfen. Er hatte offenbar zu einseitig im Auge, daß mit dem Wegfalle des Herrn der Sache die inhonesta causa in den Hintergrund tritt; er übersah, daß mit dem Herrn auch das einzige Interesse des Diebes, das er wegen der condictio hatte, hinweggefallen war.

Zuerst hatte der Dieb ein Interesse, aber kein zur actio furti taugliches; hernach hat er überhaupt kein Interesse.

Wenn also die obigen Stellen das lucrum ausschließen, so bezieht sich dies nur auf das lucrum, welches keine rechtliche Natur hat. Und wenn ferner dem pro herede possessor ein Interesse an seinem Usucapionsbesitze abgesprochen wird, so gilt dies nicht ebenso für einen anderen Usucapions-

76) Mommsen S. 136 erklärt diese wie die vorige Stelle aus dem Fehlen der honesta causa.

besitzer, dessen Besitz vielmehr in der That schon ein Vermögensstück bildet[77].

Dennoch wird in der l. 53. §. 4. D. de furtis 47, 2. in einem solchen Falle ein Interesse des Besitzers nicht angenommen:

> Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Julianus ait, si intersit tua retinere possessionem, veluti si hominem donatum noxali judicio defendisti, vel aegrum curaveris, ut adversus vindicantem justam retentionem habiturus sis.

Der Schenknehmer macht ein lucrum, das unbestreitbar sich in seinem Vermögen befindet; er hat ein wohlerworbenes Recht an der geschenkten Sache, aber nur — gegenüber dritten Personen. Dem wahren Eigenthümer gegenüber, der ihm nicht schenkte, ist er rechtlos, wie der Dieb! Erst wenn er der Vindication Retentionsrechte entgegensetzen kann, hat er in gewissem Maße ein Interesse gegenüber dem wahren Eigenthümer. Erst dann hat er die actio furti, wenn dieser die geschenkte Sache ihm stiehlt.

Um in aller und jeder Beziehung ein Interesse zu haben, muß man auch einen in aller und jeder Beziehung rechtlichen Vortheil haben.

Das Haben in der entwickelten Bedeutung wird sonach durch die Quellen in den verschiedensten Anwendungen als Erforderniß des Interesse anerkannt.

e) Das Interesse macht aber noch weiterhin erforderlich, daß man den Vortheil, wie rechtlich, so auch wirklich (hypothetisch wirklich) gehabt hätte, d. h. daß man ihn, bei dem Eintritte einer gewissen Eventualität, wirklich erlangt oder wirklich behalten hätte. Mit anderen Worten: als

---

77) l. 49. D. de V. S. 50, 16. Gesterding, Ausbeute S. 5 zieht aus der l. 71. §. 1. D. de furtis 47, 2. eine allgemeine Schlußfolge für alle Arten von Usucapion.

Interesse kommt nur der Schaden in Betracht, der wirklich erlitten, und nur der Gewinn, der wirklich entgangen ist.

Diesen Sinn hat es, wenn in der cst. unic. C. de sent. quae pro eo 7, 47. verordnet wird:

> quod revera[78] inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat.

Gerade bei den Interesseforderungen sind die Versuche, mit unbegründeten Ansprüchen durchzudringen, am häufigsten.

Oft wird eine Monate lange Arbeitsunfähigkeit vorgegeben, wo die erlittene Körperverletzung nur eine Krankheit von wenigen Tagen zur Folge gehabt hat; an Kleidungsstücken, die nach der Behauptung des Klägers total zerrissen sind, kommt bei Vorlegung derselben vielleicht nur ein abgerissener Knopf oder eine aufgeplatzte Naht zum Vorschein; Dienstherren wissen ihren Dienstboten genau soviel an verursachten Schäden vorzurechnen, bis sie den letzten Groschen vom Lohne zurückbehalten können, und hört man öfter Miether an, so haben sie durch die schlechte Wohnung so schweren Schaden erlitten, daß schließlich der Abschluß des Miethscontracts für sie in ein äußerst vortheilhaftes Geschäft ausschlägt.

Beim entgangenen Gewinne insbesondere gehen oft die Anschläge in's Bodenlose. Es findet sich hinterher, daß man eine ganze Reihe der günstigsten Conjuncturen hätte benutzen können, und obwohl man nicht daran gedacht, dieselben wirklich zu benutzen, soll doch der säumige Schuldner für all den Gewinn herhalten, den man durch eigene Schuld sich hat entgehen lassen.

Derlei ungerechtfertigten Forderungen, Täuschungen und

78) Das revera bedeutet: die Folge muß Etwas Wirkliches, Nichts Erdichtetes sein; es bedeutet nicht: Etwas muß wirklich Folge sein. S. dagegen Mommsen, S. 141.

Uebertreibungen, welche die Schadensberechnung auf eine maßlose Höhe schrauben, tritt die vorgedachte Constitution entgegen.

Auch der Volkswitz geißelt solche grundlose und übermäßige Berechnungen, indem er dafür die Namen: Apotheker-Rechnung, Milchtopfs- oder Honigtopfs-Rechnung erfunden hat.

Nur solche Vortheile sollen bei dem Interesse berücksichtigt werden, welche sich wirklich dargeboten hatten. Bloß mögliche, eingebildete und erdichtete Vortheile sind grundsätzlich ausgeschlossen.

1. Hieraus ergiebt sich: soll ein Erwerb als Interesse in Betracht kommen, so müssen die Voraussetzungen desselben in einem Maße vorgelegen haben, daß es zu seiner Verwirklichung nur noch des Eintritts der fraglichen Thatsache bedurft hätte.

Durch das Vorhandensein dieser Voraussetzungen unterscheidet sich ein Erwerb, der wirklich gemacht worden wäre, von einem bloß möglichen Erwerbe.

Hieher gehört der Erwerb durch Accession, der Erwerb der Delictsklagen, der Anfall einem Sclaven hinterlassener Vermächtnisse, die Werthserhöhung, welche eine Sache durch das Steigen der Preise erhält u. dgl. m.

Der Erwerb geschieht hier ohne Weiteres lediglich durch das den Vortheil mit sich bringende Ereigniß. Wer die Sache, wer den Sclaven hätte, hätte auch den Erwerb, der sich damit von außen verbindet, und würde ein derartiger Vortheil unzweifelhaft erworben sein.

2. Aber es giebt auch Fälle, wo der Erwerb zwar noch nicht sofort gemacht, aber das sichere Mittel gegeben war, ihn beliebig zu machen.

Die objectiven Voraussetzungen des Erwerbes sind hier vorhanden, und es bedarf zu seiner Verwirklichung nur noch einer willkürlichen Handlung des Erwerbers. Soll deßhalb hier ein Interesse ausgeschlossen sein? Es gilt die Regel:

Ein Erwerb, den Jemand beliebig verwirklichen kann, wird einem wirklichen Erwerbe gleichgeachtet.

Dieses Können ist keine bloße Möglichkeit mehr. Der wichtigste Schritt zur Verwirklichung ist bereits geschehen, da die äußeren Voraussetzungen, die Mittel des Erwerbes, schon gegeben und eingetreten sind. Das Herbeiführen der äußeren Voraussetzungen, das Verschaffen der Mittel ist aber gerade das, was auf Schwierigkeiten stoßen kann, nicht beliebig und mithin das Wesentlichste bei der ganzen Sache ist.

Wer das Mittel hat, kann jederzeit den davon abhängigen Vortheil haben, und dieser Vortheil kann ihm nicht sicherer abgeschnitten, nicht nachhaltiger vereitelt werden, als durch die Entziehung des zum Erwerbe oder zur Erhaltung nothwendigen Mittels.

Man kann sagen: wer ihm das Mittel entzieht, entzieht ihm den Vortheil. Das Interesse an dem Mittel besteht in dem davon abhängigen Vortheil.

Es wäre in der That eine enge und beschränkte Auffassung der Dinge, ein Interesse bloß um deshalb zu negiren, weil es zum Erwerbe oder zur Erhaltung eines Rechts noch einer formellen Handlung bedurft hätte, deren Vornahme ganz in der Willkür Jemandes liegt und vielleicht nur in der Abgabe einer gewissen Erklärung besteht.

Es wäre gegen die Natur der Sache, einen Erwerb, dessen Ausführung bis auf das Aeußerste vorbereitet ist, mit einem bloß denkbaren und möglichen zusammenzustellen. Ein Erwerb, der der Verwirklichung zunächst steht, ist mehr wirklich, als möglich.

Und welche Unbilligkeit, daß der, dem ein Anderer die sicheren Voraussetzungen seines Erwerbes abschneidet, kein mehreres Interesse haben soll, als der, für den solche Voraussetzungen niemals vorgelegen haben!

Daß Jemand die gegebenen Voraussetzungen und Mittel nicht benutzt hätte, gilt gleich. Wie es bei einem erworbenen Vermögensstück seine Sache ist, dasselbe zu gebrauchen oder

nicht zu gebrauchen, so enthält es schon eine Verfügung, wenn er ein ihm zu Gebote stehendes Mittel unbenutzt läßt. Es hätte dies dieselbe Wirkung, als wenn er den Erwerb zuerst gemacht und ihn dann später wieder aufgegeben hätte. Er hat in jedem Falle ein Interesse, daß ihm die Sache oder das Mittel durch einen Anderen nicht genommen werde, — wäre es auch nur zu dem Ende, um sie hernach selber preiszugeben.

Erkennt man daher einmal schon bei dem Vorhandensein des Mittels und der Voraussetzungen des Erwerbes ein Interesse an, so kann es auf die spätere Benutzung oder Nichtbenutzung des Mittels nicht mehr ankommen.

Daß aber das Können, d. h. das auf dem Vorhandensein der objectiven Voraussetzungen der Verwirklichung beruhende Können für Wirklichkeit gilt, ist unverkennbar die Auffassung der Quellen.

In erster Linie spricht hiefür eine Reihe von Stellen, welche die Bestimmung des Interesse zu ihrem unmittelbaren Gegenstande haben, und hiebei vorzugsweise gerade den Erwerb, der gemacht werden konnte, als den einen Bestandtheil des Interesse bezeichnen. So spricht Paulus in der bekannten l. 13. pr. D. ratam rem 46, 8. („quantum mea interfuit: id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui") nicht sowohl von einem Gewinne, der gemacht worden wäre, als von einem Gewinne, der gemacht werden konnte.

In derselben Weise bestimmt er das Interesse sowohl nach der Seite des Erwerbes als des Verlustes hin in der l. 33. pr. D. ad legem Aquil. 9, 2. „amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. Dem Können auf der einen Seite entspricht hier das Müssen auf der anderen. Nicht gerade allein das, was man schon weggegeben hat, sondern auch das, was man weggeben muß, nicht erst die bezahlte, sondern schon die durch die Tödtung der sub poena versprochenen Sache verwirkte Conventionalstrafe gehört zum Interesse.

Diese allgemeinen Aussprüche kehren unter den verschiedensten Formen und Anwendungen wieder.

So soll zum Interesse des Pächters der Gewinn gehören, den er durch die Fortsetzung und Ausübung der Pacht hätte erzielen können[79].

Sehr scharf wird das Können hervorgehoben in den Stellen, welche vom Ersatz der Früchte bei dem malae fidei possessor oder dem Erben handeln, der mit der Leistung des Legats im Verzuge. Nicht das, was der m. f. possessor oder der Erbe gezogen hat, sondern was der Kläger hätte ziehen können, soll in Anschlag gebracht werden[80]. Gilt dies für den Fruchtersatz, so gilt es noch vielmehr für das Interesse.

Ebenso ist zu dem Ersatzanspruche des Eigenthümers, der seine Sache verkaufen wollte, nichts weiter erforderlich, als daß er die Sache verkaufen konnte, und dadurch, daß ihm Jemand das Eigenthum streitig machte, die Gelegenheit des Verkaufes verdorben wurde. Es bedarf nicht des Nachweises, daß der Verkauf wirklich zu Stande gekommen wäre; es genügt, daß die wesentlichen, äußeren Voraussetzungen vorlagen[81].

Zu den ausdrücklichen Zeugnissen, nach denen das Erwerbenkönnen für ausreichend zu erachten ist, treten auch die l. 21. §. 3. D. de act. empt. 19, 1. und die l. 19. D. de periculo 18, 6. Zwar ist in diesen Stellen eine Verpflichtung zum Ersatz des Interesse, resp. eines lucrum nicht be-

79) l. 18. 19. pr. D. locati 19, 2.: — inerit etiam hoc, quod ex conductione fundi lucrum facere potuit.

80) l. 62. §. 1. D. de rei vind. 6, 1: Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset: quam sententiam Julianus quoque probat. l. 39. §. 1. D. de leg. I. 30.

81) l. 33. D. de dolo 4, 3.: — opportunitatem emptoris, cui venundari potuit, peremit — — Evident beweisend ist die facultas vendendi in der l. 57. i. f. D. solut. matr. 24, 3. vgl. Mommsen III. S. 195. 187.

gründet; dennoch aber deuten sie an, was möglicherweise zum Interesse gehören kann und man darf sich daher auf sie, wenn auch nicht für die Leistung, so doch für den Begriff und die Voraussetzungen des Interesse berufen. Der Gewinn des Käufers, resp. Verkäufers, wird nun auch hier als das bezeichnet, was er hätte erlangen und erwerben können („si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere," ferner „non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit"). Es handelt sich hier nicht um einen bloß denkbaren und möglichen Gewinn.

Ergeben die angeführten Beispiele ausdrücklich, daß das Können zum Erwerbe genügt, so erkennen dies andere Beispiele stillschweigend an.

Es wird in zahlreichen Fällen ein Interesse angenommen, obwohl nur erst die äußeren Voraussetzungen, die Mittel des Erwerbes gegeben waren.

Hieher gehören die Fälle, wo einem Sclaven eine Erbschaft, oder dem Herrn eine Erbschaft unter der Bedingung der Freilassung des Sclaven deferirt war[82], oder wo ein Sclave in Gemeinschaft mehrerer Complicen große Betrügereien an seinem Herrn verübt hatte und es diesem von Vortheil ist, durch Anwendung der Tortur oder sonstiger Zwangsmittel den Sclaven zu Geständnissen und Angaben zu bringen, auf Grund derer die Complicen belangt werden können[83]. Ferner, wo Jemandem eine Beweisurkunde entwendet oder vernichtet war, von der die Entscheidung eines Processes abhängig ist[84], oder wo Jemand daran verhindert wird, in einem Termine vor Gericht zu erscheinen und da-

82) l. 23. pr. l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 3. D. de cond. furt. 13, 1. Gajus III. §. 212. §. 10. I. de l. Aquil. 4, 3.

83) l. 23. §. 4. D. ad leg. Aquil. l. 6. D. de vi 43, 16.

84) l. 10. §. 3. D. de edendo 2, 13. l. 40. D. ad l. Aquil. 9, 2. l. 27. l. 32. l. 82. §. 3. D. de furtis 47, 2. Paulus R. S. 31. §. 32.

durch in Nachtheile kommt[85], oder wo einem Vermächtnißnehmer, der bei Verlust seines Rechts innerhalb einer bestimmten Frist eine Optio vorzunehmen hat, die Exhibition der Sachen verweigert wird[86].

Vielfach werden endlich die Fälle erwähnt, in denen eine Sache verpfändet ist und der Pfandschuldner dieselbe verfallen lassen muß, weil eine ihm zu geschehende Geldleistung nicht rechtzeitig einlief, oder wo er eine Sache unter einer Conventionalstrafe versprochen hatte und diese verwirkt wird, weil ihm die Sache durch ein Delict entzogen wird u. dgl. m.[87]

In allen diesen Fällen hätte es zur wirklichen Erhaltung der Vermögensstücke, oder zum wirklichen Erwerbe noch besonderer, freilich ganz beliebiger Handlungen bedurft: des Antritts der Erbschaft, der Freilassung des Sclaven, der Vornahme der Optio und der wirklichen Erklärung über die zu wählende Sache. Um die Contumacialnachtheile, um den Verlust des Processes, um die Verwirkung der Conventionalstrafen, um den Verfall der Pfänder abzuwenden, um die Complicen zu ermitteln, wäre noch nöthig gewesen, daß der Beklagte rechtzeitig vor Gericht erschienen, daß die wichtige Beweisurkunde vorgelegt, daß die mit dem Sclaven vorzunehmende Untersuchung von Statten gegangen, die Pfänder eingelöst, die sub poena versprochene Sache gehörig geleistet wäre u. s. f.

Ohne diese Handlungen wäre noch kein Erwerb gemacht, kein Vermögensstück erhalten worden. Es lagen nur die Voraussetzungen, die Mittel des Erwerbes vor: das Können, nicht das Thun.

Wenn nun hier dennoch ausnahmelos ein wahres

85) l. 3. pr. D. de eo per quem fact. erit. 2, 10.

86) l. 10. D. ad exhib. 10, 4.

87) l. 3. D. de in lit. jur. 12, 3. l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. l. 118. §. 2. D. de V. O. 45, 1. — l. 22. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 67. §. 1. D. de furt. 47, 2.

Interesse angenommen wird und auch nicht die leiseste Andeutung vorkommt, daß es dazu noch einer Erwerbsthätigkeit bedürfe, so muß wohl im Zusammenhalt mit den angeführten ausdrücklichen Zeugnissen und den entwickelten inneren Gründen der Beweis geliefert sein, daß zum Begriffe des Interesse neben der Wirklichkeit auch die Möglichkeit des Erwerbes, d. h. die auf den objectiven Voraussetzungen des Könnens beruhende und nicht bloß denkbare Möglichkeit genügt.

Selbstverständlich gehört aber auch der objectiv mögliche Erwerb noch nicht zu dem actuellen Vermögen; er ist immer nur ein eventueller Gegenstand des Habens und kann, wo es sich, wie bei der Berechnung der Quarta Falcidia, um die Feststellung der wirklichen Vermögensmasse handelt, nicht in Anschlag kommen[88].

Der Begriff des Interesse hätte sich sonach von dem, was man in einem Falle gehabt hätte, zu dem, was man hätte haben können, fortentwickelt. Ein solches Abrunden der Begriffe und allmähliges Hervortreten ihres eigentlichen Wesens wiederholt sich in jeder Rechtsentwickelung. Die ursprünglichen Grenzen werden bald zu knapp für die reicheren Bedürfnisse des Rechtslebens.

Die oben aufgestellte Definition des Interesse als eines von einer gewissen Thatsache abhängigen Vortheils paßt sich auch dem Begriffe in seiner erweiterten Gestalt leicht an. Das Abhängige umfaßt in einem weiteren Sinne sowohl das wirklich Eintretende, als das bloß wesentlich Bedingte.

Wenn endlich die Eingangs gedachte Constitution bestimmt, nur der wirkliche Schaden und der wirklich entgangene Gewinn sei zu berücksichtigen, so hat dies nur den Sinn, daß völlig grundlose, auf falschen Vorspiegelungen und Entstellung der Thatsachen beruhende Ersatzforderungen kein Gehör finden sollen. Keineswegs aber schließt dies den auf dem wohlbegründeten Können beruhenden Erwerb aus.

---

88) l. 63. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2.

Ob nun in einem einzelnen Falle die Voraussetzungen und Mittel des Erwerbes in dem zum Begriffe des Interesse erforderlichen Maße vorliegen, ist eine reine Thatfrage, die sich aus dem entwickelten Principe unschwer beantwortet.

Das einzig Wesentliche ist nur immer, ob man einen Erwerb hätte machen können, d. h. beliebig können.

Ein Nachweis, daß man ihn wirklich gemacht haben würde, ist geradezu unmöglich. Es würde dies ein Wissen der Zukunft voraussetzen.

Daß Etwas in der Folge eingetreten wäre, läßt sich nur muthmaßen und folgern aus gewissen, gegebenen Voraussetzungen. Nur was mit Nothwendigkeit eintreten muß, läßt sich mit Gewißheit vorhersagen; daß aber Jemand Etwas thue, ist in keinem Falle nothwendig. Die äußerste Grenze des Möglichen ist hier die Feststellung, daß er Etwas thun konnte oder mußte.

Selbst durch einen Eid läßt sich nicht erbringen, daß Jemand Etwas wirklich gethan haben würde, da er durch vielerlei Umstände daran hätte verhindert sein können. Er kann höchstens beschwören, daß er einmal den Willen gehabt habe, Etwas zu thun.

Der gerichtliche Beweis kann daher in solchen Fällen nur darauf gerichtet werden, ob die Voraussetzungen des Könnens oder Müssens vorhanden waren. Ein Mehreres darüber hinaus, wäre eine Anforderung, die sich nicht erfüllen läßt, und ein Recht, an dieselbe geknüpft, wäre illusorisch.

Selbst gesetzliche Präsumptionen können hier nicht aushelfen, da sie, als ein Surrogat des Beweises, nur, wie dieser, sich auf Geschehenes, nicht aber auf Künftiges erstrecken können. Die practische Durchführung des Interesse bestätigt so nicht nur das oben entwickelte Princip, sondern giebt ihm sogar den Charakter innerer Nothwendigkeit. Will man überhaupt in Fällen eines bloßen Könnens ein Interesse anerkennen, wie man es will, so muß man es ohne

Weiteres, ohne das Erforderniß einer späteren Verwirklichung, anerkennen.

Nach der Natur des einzelnen Erwerbes bestimmen sich seine Voraussetzungen.

Diese brauchen nicht gleichzeitig eingetreten zu sein; denn es ist keine unitas actus erforderlich; es genügt, daß sie überhaupt einmal in einem zu berücksichtigenden Zeitpunkte zusammen vorliegen, mag nun die eine früher oder später eingetreten sein.

Wer einen Sclaven hat, hat auch die Möglichkeit, eine diesem deferirte Erbschaft zu erwerben. Ist der Sclave vor der Delation, also vor dem Tode des Erblassers getödtet oder beseitigt worden, so hätte man, wenn der Sclave nicht getödtet wäre, auch der Erblasser an seinem Willen Nichts geändert hat, ebenfalls die Erbschaft erwerben können; gleichwohl wird dieses Interesse nicht berücksichtigt, da die Möglichkeit des Erwerbes hier nicht schon bei dem Tode des Sclaven, sondern erst mit dem Tode des Erblassers eingetreten wäre, dieser spätere Zeitpunkt aber bei der actio legis Aquiliae nicht in Betracht kommt. Hätten andere Grundsätze über den Zeitpunkt der Schätzung gegolten, so wäre das Interesse zu berücksichtigen gewesen.

Der Vermächtnißnehmer ferner kann die Optio vornehmen und dadurch das Legat erwerben, wenn ihm die Exhibition der Sachen rechtzeitig geschieht; ebenso kann der Pfandschuldner das Pfand einlösen, wenn er die erforderlichen Geldmittel in Händen hat, der Beklagte vor Gericht erscheinen, wenn er nicht zurückgehalten wird, der Kläger die Beweisurkunde vorlegen, wenn sie ihm nicht zerstört oder entrissen ist, und sich dadurch die Erhaltung seines Rechts sichern, u. s. f.

Was in diesen Fällen zum Können gehört, ist sehr einfach.

Eine besondere Beachtung verdienen die Fälle, wo Jemand durch den Abschluß eines vortheilhaften Geschäfts einen Gewinn machen kann.

Hier genügt der Nachweis, daß sich ihm wirklich eine

Gelegenheit zu dem Geschäfte dargeboten, daß er also einen Käufer für seine Sache, einen Pächter oder Miether für sein Grundstück, oder umgekehrt einen Verkäufer, von dem er billig hätte kaufen, und wieder Käufer gefunden hatte, an die er hernach vortheilhaft hätte verkaufen können.

Daß er nun seinerseits die Offerte acceptirt, die Gelegenheit benutzt, oder den Willen zum Abschlusse des Geschäfts gehabt hätte, ist gleichgültig. Das Geschäft muß nur aus keinem anderen Grunde unterblieben sein, als deßwegen, daß die zu leistende Sache noch nicht geliefert war, u. dgl.

In der Praxis macht sich die Sache meist einfacher, wie es den Anschein haben kann. Wo das vortheilhafte Geschäft schon im Voraus abgeschlossen ist, kann über die Möglichkeit des Gewinns kaum noch ein Zweifel walten.

Aber auch sonst läßt sich die Gelegenheit, wenn überhaupt eine solche vorgelegen hat, unschwer darthun.

Es ist gerade nicht immer der Nachweis einer speciellen Gelegenheit nothwendig. Die besonderen Conjuncturen des Marktes, ja der gewöhnliche Lauf der Dinge schon kann es mit sich bringen, daß Jedermann, der nur die nöthigen Vorräthe oder Mittel in Händen hatte, zu einer gewissen Zeit sicher Gelegenheit gefunden hätte, eine bestimmte Art von Geschäften abzuschließen und dadurch zu profitiren. So können oft die Transportmittel so knapp sein, daß sich mit einer gewissen Nothwendigkeit annehmen läßt: jeder Schiffer, der zu einer Zeit Rückfracht nach einem bestimmten Orte gesucht hätte, hätte sie auch gefunden.

Oder nach einem bestimmten Artikel kann solche Nachfrage bestanden haben, daß Jeder, der ihn in Vorrath gehabt hätte, ihn mit einem bestimmten Vortheile sicher hätte absetzen können.

Jemand, dessen Forderung im Concurse von einzelnen Mitgläubigern aus Chikane bestritten war, so daß sein Percipiendum ad depositum genommen werden mußte und er es erst nach Austrag des Streits und nur mit Depositalzinsen

ausgezahlt erhielt, kann unter Beweis stellen, daß er das Geld während der fraglichen Zeit an seinem Wohnorte mit einem höheren Zinsfuße allgemein hätte belegen können. Wird dieser Beweis geführt — durch competentes Gutachten — so muß dies genügen. Er hat nicht nöthig, eine bestimmte Person namhaft zu machen, die ihm den höheren Zins gezahlt hätte; es ist genug, daß an dem betreffenden Orte das Geld allgemein zu dem höheren Zinsfuße belegt werden konnte.

Wenn es hier bei der Eigenthümlichkeit des Falles eines besonderen Nachweises zur Begründung des Zinsanspruches bedarf, so ist in anderen Fällen der Schuldner schon gesetzlich zur Zahlung ortsüblicher Zinsen verpflichtet.

Diese gesetzliche Vorschrift beruht unzweifelhaft auf der Beobachtung, daß im Allgemeinen Jemand immer Gelegenheit hat, sein Geld mit ortsüblichen Zinsen anzulegen.

Zum Interesse reicht also nicht bloß eine specielle, sondern schon eine allgemein für Jedermann gegebene Gelegenheit des Erwerbes hin.

Die Römer nahmen nun selbst ein Interesse da an, wo es nur vorlag, daß ein Erwerb gemacht werden konnte, dagegen Betrag und Umfang desselben ungewiß war.

Die Unbestimmtheit des Umfangs ist mit dem Begriffe des Interesse wohl vereinbar, da dieser nur erforderlich macht, daß Etwas erworben worden wäre oder erworben werden konnte, aber durchaus nicht an einen bestimmten Umfang gebunden ist.

Zwar wo heutzutage sich die Interesseforderung nicht in quanto feststellen läßt (wir sehen hier ab von dem juramentum in litem und dem sog. Quantitätseide), so muß in der Regel unbedingt auf Abweisung des Klägers erkannt werden, da heute den Richter feste Beweisregeln binden.

Bei der freieren Stellung des römischen Judex dagegen, namentlich in den bonae fidei judiciis, konnte unter Umständen selbst ein Interesse berücksichtigt werden, bei dem der

Umfang ungewiß und der Natur der Sache nach die Ermittelung eines bestimmten Betrages von vornherein unmöglich war.

Wenn hier nur der Fall so angethan war, daß man dem Kläger ein Interesse billigerweise nicht versagen konnte, und ließen sich nur Anhaltspunkte für einen ungefähren und muthmaßlichen Betrag desselben auffinden, so setzte hier das richterliche Ermessen unter billiger Berücksichtigung der Umstände die Höhe der Entschädigung fest.

Diese freiere Stellung des richterlichen Arbitriums ist ein Gebot der Nothwendigkeit, wenn nicht oft die gerechtfertigtsten Ansprüche der Form der starren Beweisregel zum Opfer fallen sollen. Die Rückkehr zu dem römischen Vorbilde würde auch heutzutage die endliche Abhülfe für längst erkannte, schwere Uebelstände bringen, nicht bloß für Fälle des Schadensersatzes, sondern noch in vielen anderen Fällen, für welche das heutige Proceßrecht eine fast peinliche und dazu meist resultatlose Beweisaufnahme nöthig macht.

Wo man, wie in gewissen Fällen im Handelsrechte und in manchen Particularrechten, bereits den Anfang des Besseren gemacht hat, sind die Erfolge nicht ausgeblieben[89].

Dies vorausgeschickt, werden sich ohne Schwierigkeit einige Entscheidungen der römischen Juristen erklären lassen, die vom Standpunkte des heutigen Rechts mindestens unverständlich wären.

Nach der l. 24. §. 4. D. locati 19, 2. soll ein Gutspächter, dem das Gut nicht eingeräumt wird, sofort berechtigt sein, auf die ganze fünfjährige Pachtdauer zu klagen und insbesondere den Gewinn erstattet zu verlangen, den er aus der Pachtung während der fünf Jahre hätte ziehen können.

Daß er Früchte hätte ziehen **können**, wenn ihm die Benutzung eingeräumt wäre, läßt sich hören, da es seinerseits

---

89) Allg. d. Handels-G.-B. Art. 573. Hannöversche Proceß-O. v. 8. Nov. 1850 §. 238.

nur der gewöhnlichen Bewirthschaftung bedurft hätte und die Früchte alsdann von selbst durch Naturkraft hervorgebracht worden wären.

Ob er aber einen Gewinn gemacht und wie viel, zumal bei einer längeren Zeitdauer, läßt sich nicht oder doch nicht mit gleicher Sicherheit behaupten. Von einem strikten Beweise kann hier gar nicht die Rede sein. Es kann nur durch das freieste richterliche Ermessen unter Berücksichtigung des früheren Durchschnittsertrages des Guts ein ungefährer Betrag als Ersatz festgesetzt werden.

In der Stelle wird der vorausgesetzte Gewinn des Pachters nicht zwar ausdrücklich als Interesse bezeichnet; doch möchte die Annahme eines solchen unbedenklich sein. Aus den früheren Wirthschaftsperioden, aus der Beschaffenheit des Guts und den Verhältnissen des Markts für den Absatz der Producte kann mit einer gewissen Nothwendigkeit auf einen etwaigen Ueberschuß geschlossen werden.

Ein anderer Fall eines unbestimmten Ersatzes ist es, wenn Jemand einen Fischzug (jactum retis) gekauft und der Fischer den Zug nicht vornehmen will.

Hier soll nach der l. 12. D. de actionibus empti 19, 1. der unbestimmte Gegenstand des Geschäfts geschätzt werden („si jactum retis emero et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei aestimandum est“).

Ob in einem solchen Falle der Käufer ein Interesse an der Vornahme des Zuges hat oder nicht, ist ungewiß. Man kann nicht wissen, ob ein Fang gemacht werden wird oder nicht.

Wie bei allen derartigen Geschäften würde sich das Interesse des Käufers erst mit der Vornahme der Thätigkeit, durch welche der Erwerb geschehen soll, also mit dem Auswerfen der Netze, dem Aufstellen des Garnes u. s. w. entscheiden. Er kann ein Interesse haben, aber ebensogut auch nicht.

Das ungewisse Interesse ist noch von dem bloß denkbaren

und möglichen verschieden; bei dem ungewissen weiß man nicht, ob man in Wahrheit ein Interesse hat oder nicht, bei dem bloß möglichen aber weiß man, daß man in Wahrheit keins hat.

Kann man nun dem Hoffnungskäufer, weil sein Interesse ungewiß, und vorläufig ebensowenig vorhanden ist, als ein bloß mögliches, die Klage gegen den Verkäufer versagen?

Da der Hoffnungskauf einmal als Kauf anerkannt ist, muß, wie dem Verkäufer, so auch dem Käufer ein Klagrecht zur Seite stehen. Da der Gegenstand des Geschäftes ungewiß, muß auch ein ungewisses Interesse für ihn genügen. Er stände sonst ganz rechtlos gegenüber dem Verkäufer.

Daher hat er sowohl bei der emptio rei speratae als der emptio spei eine Klage ex empto[90]. Der unbestimmte Gegenstand aber wird durch das richterliche Ermessen den concreten Verhältnissen gemäß fixirt.

Wenn dagegen einem Fischer, der gerade beim Fischen begriffen ist, die Netze zerrissen werden, so kann er keinen Ersatz für den etwa vereitelten Fang verlangen, da die lex Aquilia ein bereits vorhandenes Interesse voraussetzt, ein Grund aber, wie beim Hoffnungskaufe, das ungewisse Interesse zuzulassen, nicht vorliegt. Darum heißt es in der l. 29. §. 3. D. ad legem Aquil. 9, 2.: — u b i d a m n i i n j u r i a a g i t u r o b r e t i a: non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Die Ungewißheit des Interesse ist hier der Grund, warum auf den etwaigen Fang keine Rücksicht genommen wird; denn, wie nochmals ausdrücklich angegeben wird, handelt es sich um eine widerrechtliche Beschädigung, ein damnum injuria datum, nicht aber um einen Hoffnungskauf, bei dem ein ungewisses Interesse ausreichend wäre.

---

90) l. 8. pr. D. de contr. empt. 18, 1.: — sed si id egerit venditor, ne (fructus et partus futuri) nascantur aut ne fiant, ex empto agi posse.

So vereinigt sich diese Entscheidung sehr leicht mit der l. 12. cit., die das incertum zuläßt.

Mommsen, S. 190 Note 29 und S. 257, will die Stellen in der Art erklären, daß es sich in der l. 12. cit. um einen Dolus, in der l. 29. §. 3. cit. um eine Culpa des Beschädigers handle.

In der lex Aquilia aber steht bekanntlich dolus und culpa gleich, warum soll gerade bei der Verletzung von Fischernetzen eine Ausnahme gemacht sein?

Im Gegentheil heißt es gerade ganz allgemein: ubi damni injuria agitur ob retia! Wie kann man hier bloß an culpa denken?

In dem ersten Theile der Stelle wird gesagt: Ist durch Gewalt des Windes ein Schiff in die Ankertaue eines anderen oder in Fischernetze getrieben, so wird, wenn keine andere Rettung möglich war, als durch Zerhauen der Taue und der Netze, deßwegen keine Klage gegeben. Wenn aber (beim Zerhauen) die Schuld an den Schiffsleuten lag, so greife die lex Aquilia Platz. (cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent: si nullo alio modo, nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque ..... et circa retia piscatorum ....

Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum ...)

Die Schuld der Schiffsleute wird hier der Nothwendigkeit des Zerhauens entgegengesetzt.

Ebensowenig wie die Klage im Falle eines dolus der Schiffer wegen der Netze ausgeschlossen ist, weil nur von einer „culpa nautarum" die Rede ist, wird sie wegen des vereitelten Fischfanges im Falle des dolus zugelassen.

Die „culpa" der Schiffer betrifft nicht den Umfang, sondern die Statthaftigkeit der Klage selbst.

Wenn Mommsen den Entscheidungsgrund vorzugsweise in der Unbestimmtheit des Betrages bei dem Interesse

des Fischers an dem Fange finden will, so steht ihm sowohl der Wortlaut der Stelle („cum incertum fuerit, an caperentur"), als die Natur der Sache entgegen, da, wenn man nur das fragliche Interesse schätzen wollte, man dies auch nach Maßgabe der l. 12. cit. konnte.

Schon die Ungewißheit des Interesse selbst, nicht erst die seines Umfanges ist der Grund, warum die lex Aquilia in der fraglichen Stelle nicht zur Anwendung kommt.

Einen ferneren Fall eines unbestimmten Interesse soll das Interesse des Patrons an dem Patronatrecht bilden.

Daß der Patron ein Interesse hat, kann wohl kaum zweifelhaft sein. Aber es ist sehr zweifelhaft, ob das Erbrecht des Patrons, an welches man doch vorzugsweise denkt, überhaupt jemals zur Existenz kommen und zu welcher Quote der Patron, oder dessen Erbe, an dem Nachlasse des Freigelassenen oder der Liberta participiren wird, da dies Alles von factischen Voraussetzungen abhängt, die unabsehbar sind[91]. Dazu kommt die Ungewißheit, wieviel der Freigelassene bis zu seinem Tode erwerben und verbrauchen, oder hinterlassen wird.

Sollte hier das richterliche Ermessen einen bestimmten Betrag finden, so müßte es sich in's Bodenlose verlieren und aufhören, ein Ermessen zu sein.

Bei dem Hoffnungskaufe ließ sich noch mit Rücksicht auf das gewöhnliche Maß und eine bestimmte Gelegenheit des Erwerbes eine gewisse Grenze finden, in welcher das Arbitrium sich bewegen konnte; hier würde es in baare Willkür ausarten.

Demgemäß wird in der l. 5. §. 5. D. de praescriptis verbis 19, 5. das Patronatrecht in einem Falle, wo es beim Interesse hätte in Abzug gebracht werden müssen, nicht berücksichtigt. (An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.)

---

91) cfr. Ulpian. fragm. XXVII. §. 1. XIX. §§. 1. 3. sqq.

Obgleich nun hier die Schätzung des Patronats für unmöglich erklärt wird, soll sie dennoch nach Mommsen, S. 151 Anm. 11, in der l. 45. §. 2. D. de act. empti 19, 1. und l. 26. D. de evict. 21, 2. zugelassen sein, weil die Schätzung in diesen Fällen nicht, wie im Falle der l. 5. §. 5. cit., zum Vortheil eines frivolen Schuldners ausfallen würde.

Diese Erklärung befriedigt nicht, da Paulus, von dem die angeführten Stellen sämmtlich herrühren, nicht in einer Stelle das zulassen kann, was er in einer anderen für unmöglich erklärt, und, wenn Etwas dem frivolen Schuldner gegenüber unterbleiben soll, es darum noch nicht unmöglich ist, mithin Paulus bei jener Erklärung sich so übereilt, wie möglich, ausgedrückt haben würde, wenn er sagt: sed hoc non potest aestimari.

Die beiden letzterwähnten Stellen reden auch durchaus nicht von einer Schätzung des Patronatrechts.

Wenn Jemand wissentlich einen fremden Sclaven verkauft, so hat der Käufer im Falle der Eviction die Wahl, aus dem dolus des Verkäufers, oder aus dem Contracte zu klagen. Im ersteren Falle fordert er seinen Kaufpreis und etwaige Verwendungen zurück, im letzteren sein Interesse an dem Behalten der Sache. —

In dem Falle der l. 45. §. 2. cit. hatte nun ein Erbe eine Sclavin, Arescusa, verkauft, ohne den Käufer davon in Kenntniß zu setzen, daß derselben fideicommissarisch die Freiheit hinterlassen war. Der Käufer ließ nach einiger Zeit die Sclavin frei; dieselbe erfuhr jedoch nachträglich von dem Fideicommiß und erklärte nunmehr, daß sie den Käufer nicht zum Patrone haben wolle.

(Nach einem Rescript von Pius hatte in derartigen Fällen der Freigelassene die Wahl, ob er sich zum Freigelassenen desjenigen, der ihn freigelassen hatte, oder desjenigen, dem die Freilassung aufgetragen war, erklären wolle)[92].

---

92) l. 24. §. 21. D. de fideicomm. lib. 40, 5.

Der Käufer, der somit das Patronat über die Arescusa verlor, klagte nun gegen den Erben, wie ausdrücklich erwähnt wird, auf Herausgabe des Kaufpretium („cum emptor pretium a venditore empti judicio, Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem, et Julianum in ea sententia esse, ut existimaret, post manumissionem quoque empti actionem durare: quaero, quae sententia vera est. l. 43. D. cit. Paulus lib. 4. quaest.).

Die Klage war also offenbar auf das Verschweigen der fideicommissarischen Qualität der Sclavin gegründet, und kam es demnach nicht zur Schätzung des Patronatrechts, sondern nur zur Herausgabe des Kaufpreises.

Die l. 45. §. 1. cit. deutet noch besonders den Fall an, wenn wissentlich ein fremder Sclave verkauft ist.

Die obige Erklärung findet nun ihre vollste Bestätigung durch die andere der angeführten Stellen, die l. 26. D. de evict. 21, 2.

In Anschluß an das Fragment Ulpian's in der l. 25. D. eod., wonach der Käufer, der einen Sclaven freigelassen hat, wegen späterer Eviction aus der stipulatio duplae Nichts fordern kann, heißt es hier:

> Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat, ex vendito actionem habet, si scierit venditor, alienum se vendere. Sed et, si ex causa fideicommissi emptor coactus fuerit eum manumittere, ex empto actionem habebit.

Der Dolus des Verkäufers wird hier ausdrücklich erforderlich gemacht; die Klage geht also wieder nicht auf den Werth des Patronatrechts, sondern auf den Kaufpreis.

Nicht ohne Absicht braucht Paulus den etwas ungewöhnlichen Ausdruck: actio ex vendito; er will offenbar

damit die dolose Handlung des Verkäufers recht andeuten, und wechselt daher mit dem Ausdrucke am Ende der Stelle, wo es sich um die zwangsweise Freilassung eines fideicommissarischen Sclaven handelt.

Da der Käufer in diesem Falle die Freilassung, wenngleich nothgedrungen, vorgenommen hat, so ist er auch Patron des Sclaven, denn die Freilassung setzt in diesem Falle eine vorgängige Erklärung des Sclaven, daß er den Käufer zum Patron haben wolle, voraus[93].

Hätte der Käufer schon vorher aus freien Stücken den Sclaven freigelassen, so würde er, da ihm bei der Erklärung des Sclaven der Patronat verbliebe, keinerlei Ansprüche gegen den Verkäufer haben. Da ihm aber durch die nothgedrungene Freilassung gewissermaßen evincirt ist, so hat er die gewöhnlichen Evictionsansprüche, bei denen der Werth des Patronats als Etwas Unschätzbares ihm nicht einmal in Abzug gebracht werden kann.

Die nämlichen Evictionsansprüche hätte auch der Käufer in dem Falle der l. 43. D. de act. empti 19, 1. gehabt, bezüglich der drei mit der Arescusa zugleich verkauften Sclaven, die später auf ihr Andringen vom Erben freigelassen wurden. Doch hatte der Käufer auch hier auf Rückgabe des Kaufpreises und Erstattung der auf den einen der Sclaven verwendeten Impensen geklagt. Bei dem Evictionsinteresse würden die Impensen als solche nicht, sondern nur, insoweit sie den Werth der Sache bleibend erhöhen, in Betracht kommen. Nur bei dolus des Verkäufers können die Impensen als solche unbedingt berücksichtigt werden.

Die Scheidung zwischen beiderlei Klagfundamenten ist jedoch nicht mit solcher Strenge festzuhalten, daß in einem Falle, wo der Käufer sich wirklich in dolo befand, aber nur aus der Eviction geklagt war, die volle Berücksichtigung der Impensen bloß des Klagfundaments wegen ausgeschlossen

93) cfr. l. 24. §. 21. cit.: — si hoc maluit —

wäre, wenn der Werth der Sache durch die Verwendungen nicht in entsprechendem Maße erhöht war. Eine solche Strenge würde dem Charakter der bonae fidei judicia zuwiderlaufen. Es genügt, daß überhaupt aus einem Grunde der Verkäufer die Impensen voll ersetzen muß. Denn die Klage ist, auch wenn sie auf den Dolus gegründet wird, immer ein judicium empti (dolus bonae fidei judiciis inest).

Daher legen die römischen Juristen bei Behandlung der Impensen weniger Gewicht auf den Klaggrund, als auf den dolus des Verkäufers. Nützliche und nothwendige Verwendungen werden, da die Sache um soviel verbessert ist, ohnehin fast immer in Ansatz kommen, sollte auch ein dolus des Verkäufers nicht vorliegen.

Eine Schätzung des Patronatrechts läßt sich daher nicht nachweisen; man könnte höchstens von dem Inhaber desselben eine Caution verlangen, wodurch er sich zur Herausgabe alles dessen verpflichtet, was dereinst aus der Erbschaft des Freigelassenen aus diesem Titel auf ihn kömmt[94].

Als ein letztes Beispiel eines unbestimmten Interesse hat man den Fall der Verwundung eines freien Menschen betrachten wollen, insofern hier außer den Kurkosten auch ein Ersatz für allen künftigen Arbeitsverdienst geleistet wird.

Von einem wirklichen Interesse kann hier keine Rede sein, da es ganz ungewiß ist, ob und wieviel Arbeit der Verletzte Zeit seines Lebens gefunden hätte.

Dem Richter wird daher hier auch nicht eine Schätzung des Interesse zugemuthet, sondern er soll eine billige Entschädigung für die verlorene oder geschmälerte Arbeitskraft den Verhältnissen des Verletzten gemäß festsetzen. Die Klage dafür ist bald eine actio in factum, bald eine actio legis Aquiliae utilis. Ihr Gegenstand wird nirgends als Interesse bezeichnet[95].

94) cfr. l. 23. D. de act. empti 19, 1.

95) §. 1. I. de obl. quae quasi ex del. 4, 5. l. 3. D. si quadrupes, 9, 1. l. 7. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 7. D. de his qui effud. 9, 3.

Der Begriff des Interesse hat sich daher niemals über die durch seine Natur gebotene Grenze des **Könnens** hinaus verflüchtigt. Der Betrag des Interesse konnte bei den freiern Grundsätzen des Römischen Processes **unbestimmt**, die Existenz desselben, wie bei den Hoffnungskäufen, sogar **ungewiß** sein. Aber es giebt kein Interesse an bloß Möglichem oder bloß Denkbarem.

Die ältere Literatur hat über diese Fragen Nichts Nennenswerthes aufzuweisen; in neuerer Zeit hat besonders **Mommsen** a. a. O. S. 173—188 dieselben in Anregung gebracht.

Treffen seine Ausführungen auch mit dem Obigen im Einzelnen, dem Resultate nach, meist zusammen, so besteht doch im Princip der größte Gegensatz, der denn auch practisch zu einigen nicht unerheblichen Consequenzen führt.

Mommsen fordert principiell die Wirklichkeit des Erwerbes: einen Schaden, der wirklich zugefügt ist, und einen Gewinn, der wirklich gemacht worden wäre.

Dieses Princip wird aber in Wahrheit von ihm gar nicht durchgeführt.

Da es an sich allein nicht ausreicht, die Entscheidungen der Quellen zu erklären, die zum Interesse statt der Wirklichkeit schon die gewisse Möglichkeit zulassen, so erfindet **Mommsen** eine Reihe von Präsumptionen, durch welche er künstlich das nachholt, was seinem Principe an Biegsamkeit fehlt.

In den Fällen, wo ein Erwerb nur gemacht werden **konnte**, soll gesetzlich präsumirt werden: daß er auch gemacht worden **wäre**, indem anzunehmen sei, daß Jemand es an der zum Erwerbe noch nöthigen Thätigkeit und Betriebsamkeit nicht würde haben fehlen lassen, oder die Gelegenheit des Erwerbes sich ihm dargeboten haben würde.

Daher die Präsumptionen: der Kläger würde unter allen Umständen als diligens paterfamilias gehandelt haben, ein diligens homo lasse sein Geld nicht müßig liegen,

der Verwundete würde wie früher seine Arbeitskraft verwerthet haben, er hätte Leute gefunden, die ihn als Arbeiter angenommen hätten, der bonae fidei possessor würde die Ersitzung nicht durch etwaige Nachlässigkeit von seiner Seite unvollendet gelassen haben; jemand hätte Gelegenheit gefunden, Sachen zu einer gewissen Zeit zum Marktpreise zu verkaufen, u. dgl.

Ob gegen diese Präsumptionen der Gegenbeweis offen stehen soll, oder ob es praesumptiones juris et de jure seien, darüber erklärt sich Mommsen nicht.

In den Quellen werden dergleichen Präsumptionen nirgends ausgesprochen; eine Präsumption, daß Etwas geschehen sein, oder Jemand Etwas gethan haben würde, ist überdies schon an sich, wegen der darin liegenden Divination, unstatthaft.

Wenn die Quellen eine Möglichkeit zum Interesse für ausreichend erachten, so folgt daraus einfach, daß eine solche allein zum Begriffe des letzteren genügen muß, nicht aber die Zuhülfenahme einer gesetzlichen Präsumption, daß der Erwerb sich verwirklicht hätte.

Die angeführten Präsumptionen sind daher nicht rechtlich begründet; sie sind nur ein willkürliches Auskunftsmittel für die Aufrechterhaltung eines unzulänglichen Princips.

Eine Folge seines Princips ist es auch, wenn Mommsen S. 187 zu dem Interesse an einem vortheilhaften Geschäfte vom Kläger den Nachweis verlangt, daß er den Willen hatte, das Geschäft abzuschließen. Diese Folge fällt mit ihrem Principe. Was sollte hier auch die einseitige Willensrichtung von Erheblichkeit sein?

§. 11.

Bedingung des Interesse.

Das Interesse verlangt seinem Begriffe nach Zweitens: eine Thatsache, welche den Gegenstand des Interesse bedingt. Da dieser somit nothwendig ein hypothetischer ist, darf die

Thatsache nicht von der Art sein, daß sie diesen seinen Character aufhebt. Dies geschieht aber, wenn die Thatsache nothwendig eintreten muß. Der Vortheil ist hier nicht mehr hypothetisch, sondern absolut nothwendig gegeben[96].

Umgekehrt ist bei einer unmöglichen Thatsache, da diese niemals eintreten kann, der Vortheil von vornherein absolut ausgeschlossen. Weder also eine nothwendig eintretende, noch eine unmögliche Thatsache sind eine wahre Bedingung des Interesse.

Ebenso kann man kein Interesse an Etwas Unsittlichem haben. Das Recht betrachtet ein solches Interesse als nicht vorhanden.

Diese Sätze folgen aus der Natur der Sache; für den Fall der unsittlichen Thatsache enthält überdies die bereits in einem anderen Zusammenhange betrachtete l. 6. §. 1. und l. 7. D. de servis export. 18, 7. ein ausdrückliches Zeugniß, indem sie das Interesse an einer Grausamkeit schlechthin negirt (viro bono non convenit credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset). Von wesentlicher Bedeutung sind aber auch die von unmöglichen Bedingungen und Obligationen auf unmögliche Leistungen handelnden Stellen, da sie sich für das unmögliche Interesse bei dem nahen Zusammenhange, in dem sie mit diesem stehen, indirect benutzen lassen. Eine nothwendig eintretende Bedingung ist für den Verpflichteten gleichgültig, da seine Haftung dadurch um Nichts weniger gewiß ist, als wenn er pure verpflichtet wäre. Umgekehrt hat der Berechtigte kein Interesse bei einer unmöglichen Bedingung, da ihm durch diese jede Aussicht auf den Erwerb des davon abhängig gemachten Vortheils abgeschnitten ist. Dasselbe gilt von Obligationen auf unmögliche Leistungen; der Grund der Ungültigkeit könnte hier sogar in dem mangelnden Interesse gefunden werden.

---

96) S. Savigny, Obligationenr. I. S. 382.

Im Einzelnen kann die Unmöglichkeit eine physische oder rechtliche sein[97].

Als physisch unmöglich gilt nicht bloß das absolut Unmögliche, sondern auch das nach gewöhnlichen Verhältnissen und gewöhnlichen Mitteln, ja selbst das nach der Absicht der Contrahenten Unmögliche[98].

Etwas Anfangs Mögliches kann später unmöglich werden, z. B. die geschuldete Sache geht verloren, der versprochene Sclave wird manumittirt, oder eine res profana wird sacra. (Nachfolgende Unmöglichkeit.) Wie das Interesse, so hört auch die Obligation mit dem Untergang der Sache auf[99].

Umgekehrt kann Etwas vorläufig Unmögliches späterhin möglich werden[100]. In Wahrheit würde es sich hier um Etwas Mögliches handeln. Aber nur dann soll das später Mögliche rechtlich als möglich gelten, wenn es seiner Natur nach möglich ist (natura sui possibile). Wo dagegen die Möglichkeit nur künstlich durch ganz außerhalb der Natur der Sache liegende Umstände herbeigeführt werden könnte, z. B. die Verwandlung einer res profana in eine res sacra durch ein späteres Gesetz, wird rechtlich eine völlige Unmöglichkeit angenommen.

Denn die res sacra hat eben die Bestimmung, dem hei-

---

97) l. 35. pr. §. 1. D. de V. O. 45, 1.; §. 1. 5. I. de inut. stip. 3, 19. l. 15. pr. D. de contr. empt. 18, 1. l. 69. l. 97. pr. D. de V. O. 45, 1.; §. 2. I. de inut. stip. 3, 19. l. 41. §. 1. 2. D. de legat. I. 30, 1. l. 82. pr. l. 83. §. 5. 7. l. 103. D. de V. O. 45, 1. l. 182. D. de R. J. 50, 17. Dazu: Savigny, Obligat. I. S. 383.

98) S. besonders Savigny, System III. S. 165. l. 6. de cond. inst. 26, 7. l. 4. §. 1. D. de satulib. 40, 7. cfr. l. 137. §. 4. de V. O. 45, 1. Entscheidung des preuß. Ober-Tribunals v. 26. November 1858 (Entsch. XL. S. 29.).

99) l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1. l. 98. §. 8. D. de solut. 46, 3. Mommsen I. S. 294.

100) §. 2. I. de inutil. stip. 3, 19. l. 31. l. 35. §. 1. l. 83. §. 5. l. 137. §. 6. de V. O. 45, 1. l. 34. §. 2. l. 61. D. de contr. empt. 18, 1.

ligen Zwecke zu dienen, nicht aber die, Gegenstand des Privateigenthums zu werden.

Am meisten Aufschluß giebt hierüber die wichtige l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1. des Paulus:

Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit. .... adeo cum liber homo promissus est, servitutis tempus exspectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: Illum, cum servus esse coeperit, dare spondes? item: Eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari? quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem ...... et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi, neque civile neque naturale est, nam de his rebus negotium recte geremus, quae subjici usibus dominioque nostro statim possunt.

Für die Ungültigkeit der fraglichen Stipulationen giebt Paulus mehrere Gründe an: Erstens sei kein sofort möglicher Gegenstand der Obligation vorhanden (nec praesentis temporis obligationem recipere potest stipulatio). Zweitens könne nur das kraft eigener Natur Mögliche als Gegenstand der Obligation in Betracht kommen (ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem). Drittens sei es unschicklich, die dereinstige Unfreiheit eines gegenwärtig Freien in Aussicht zu nehmen (et

casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est).

Der erste Grund ist nur speciell für Obligationen zutreffend, weil bei diesen, wie auch sonst mehrfach anerkannt wird, nicht auf die Zukunft, sondern auf die Gegenwart gesehen wird, und, wenn in dieser die Leistung unmöglich, die Obligation ungültig ist[101]. Dieser Grund würde also die Leistung nur deshalb ausschließen, weil sie nicht gegenwärtig möglich, nicht aber, weil sie überhaupt nicht möglich.

Der dritte Grund betrifft aber wieder nur speciell die Stipulation eines freien Menschen, und erklärt diese, wie dies auch in anderen Stellen geschieht, aus sittlichen Gründen für unzulässig. Auf andere Stipulationen ist derselbe daher nicht unbedingt anwendbar.

Sonach ist allein der zweite Grund von allgemeiner Bedeutung für die Beurtheilung dessen, was als möglich anzusehen ist. Danach gilt aber nur das als möglich, was seiner Natur nach möglich ist[102].

Eine Anwendung hiervon ist es, wenn es im §. 2. I. de inutil. stip. 3, 20. ebenfalls mit Bezug auf unmögliche Leistungen heißt: quae natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.

Wenn daher Jemand seine eigene Sache stipulirt auf den Fall, daß sie aufhöre, ihm zu gehören, so steht aus diesem Grunde einer solchen Stipulation Nichts entgegen, denn

101) l. 114. §. 1. D. de R. J. 50, 17: in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. l. 78. D. de V. O. 45, 1. Savigny, III. S. 168 y. Die scheinbar abweichenden l. 18. D. de R. J. 50, 17. l. 132. in f. D. de V. O. 45, 1. l. 12. §. 6. D. mandati 17, 1. l. 46. D. de hered. inst. 28, 5. l. 10. in f. l. 47. in f. D. de fidej. 46, 1. erklären sich aus der Natur des Gewaltverhältnisses zwischen Vater und Sohn.

102) Mommsen I. S. 150 Note 10 übersieht dies, wenn er in den Worten Justinian's nicht sowohl einen Entscheidungsgrund, als die Wiederholung der Entscheidung findet.

Sachen werden erworben und wieder veräußert; der Fall der Veräußerung kann daher wohl als ein der Natur der Sache nach möglicher in Aussicht genommen werden.

Es kann sich jedoch fragen, ob nicht eine solche Stipulation aus dem ersten Gesichtspunkte, wonach zur Obligation ein schon gegenwärtig möglicher Gegenstand erforderlich, unzulässig erscheinen möchte.

In der That wäre die Stipulation bei einem unbedingt geleisteten Versprechen der Sache ungültig; der Inhalt der Stipulation würde intendiren, daß sofort eine Obligation auf die für jetzt doch unmögliche Leistung begründet werden, nicht bloß etwa die Geltendmachung (der dies venit) bis zur Möglichkeit derselben hinausgeschoben, sondern sofort das Recht selbst (der dies cedit) existent sein sollte. Dazu würde aber auch eine sofort mögliche Leistung erforderlich sein. Man sprach daher hier consequent die Ungültigkeit der Obligation aus[103].

Dagegen bestand eine Controverse unter den römischen Juristen, ob dasselbe anzunehmen sei, wenn die Leistung unter einer Bedingung, insbesondere der Bedingung des Möglichwerdens, versprochen worden war. Ulpian deutet diese Streitfrage in der l. 41. §. 1. 2. D. de legatis et fideic. 30, 1. näher an:

Sed ea, quae aedibus juncta sunt, legari non possunt, quia haec legari non posse senatus censuit, Aviola et Pansa consulibus. §. 2. Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum convalescat. et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum

103) l. 41. §. 1. 2. D. de legat. 30, 1. l. 72. §. 4. D. de solut. 46, 3.

valere, si existentis conditionis tempore mea non sit, vel aedibus juncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione et promitti mihi stipulanti et legari ajunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

Hält man streng an dem Grundsatze fest, daß die Leistung sofort möglich, die Erfordernisse der Obligation schon bei ihrer Entstehung vorhanden sein müssen, so kann die Stipulation durch die beigefügte Bedingung nicht mehr Gültigkeit erhalten, als sie ohne dieselbe gehabt hätte. Denn die Hinzufügung der Bedingung betrifft nur die Existenz des Rechtsverhältnisses; auf die einzelnen zur Begründung des letzteren nöthigen Erfordernisse hat sie keinen Einfluß. Gesetzt, die Bedingung tritt ein, so würde doch keine gültige Obligation vorhanden sein, wenn zur Zeit des Eintritts die Unmöglichkeit der Leistung noch fortdauert, vorausgesetzt, daß die Bedingung nicht schon selbst auf den Wegfall des Hindernisses gestellt war.

Da Paulus in dem Falle der l. 85. §. 3. cit. seine Entscheidung darauf mitbasirt, daß die Leistung bei Eingehung der Stipulation nicht möglich, so kann man darauf schließen, daß er bei der Streitfrage sich für die Ungültigkeit der Obligation entschied, umsomehr, als nach den Worten Ulpian's zu dessen Zeit die Streitfrage noch nicht erledigt gewesen zu sein scheint.

Die entgegengesetzte Meinung hielt dagegen nur für wesentlich, daß die Leistung zur Zeit des Eintritts der Bedingung (des dies venit) möglich war: poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit. Ebenso heißt es mit Bezug auf die Stipulation der eigenen Sache in der l. 31. D. de V. O. 45, 1. (Pomponius): utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit. Ferner vertritt Marcellus diese Meinung für Kauf und Stipulation in der l. 61. D. de contrah. empt. 18, 1.: Existimo, posse me id, quod meum

est, sub conditione emere, quia forte speratur meum esse desinere, und in der l. 98. D. de V. O. 45, 1.: Existimo, posse (me) id, quod meum est, sub conditione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quanquam interim fundus non sit meus.

Diese Meinung ist als die in der Compilation recipirte anzusehen. Die Entscheidung des Paulus in der l. 83. §. 5. bleibt daher nur noch aus den von ihm sonst angeführten Gründen bestehen. Ohnehin folgt er in der l. 98. D. de condit. et demonstr. 35, 1. in Bezug auf Legate der anderen Meinung. Celsus scheint nach der l. 1. §. 2. D. de reg. Cat. 34, 7. weiter gegangen zu sein und sogar das unbedingte Legat der eigenen Sache des Legatars aufrecht zu erhalten, falls sie nur am Todestage schon veräußert war. Die Worte: si eum (fundum) vivo testatore alienaveris lassen sich jedoch auch als die Bedingung verstehen, unter der ihm die Sache vermacht war[104].

Was vorstehend von Obligationen auf die eigene Sache des Gläubigers bemerkt ist, gilt ebenso von anderen unmöglichen Leistungen, sofern nur nicht die spätere Möglichkeit der Art ist, daß sie der Natur der Sache nach nicht in Betracht kommen kann.

Die Entstehung einer noch nicht existirenden Sache oder die Trennung eines Theils vom Ganzen sind Möglichkeiten, welche durchaus in der Natur der Dinge liegen. Legate künftiger Sachen oder Verträge über solche werden aufrecht erhalten[105]. Ebenso ist die künftige Heirath einer gegenwärtig Unmündigen oder einer Sclavin eine der natürlichen Bestimmung vollkommen entsprechende Eventualität[106]. Dagegen

104) Vgl. v. Vangerow, Pand. II. §. 525. Anm. 2. Mommsen I. S. 147.

105) l. 8. pr. l. 34. §. 2. l. 39. §. 1. D. de contr. empt. 18, 1. §. 7. I. de legat. 2, 20. l. 24. pr. D. de leg. 30. l. 73. D. de leg. 32. l. 17. pr. D. de leg. 32. vgl. Mommsen I. S. 151.

106) l. 58. D. de cond. 35, 1. l. 2. D. de reg. Cat. 34, 7.

muß eine künftige Ehe gerade unter Adoptivgeschwistern als Etwas Unnatürliches erscheinen. Adoptivgeschwister sollen nicht einander heirathen. Die Möglichkeit, daß das Hinderniß durch Emancipation des einen Theils gehoben würde, liegt nicht in dem Wesen des Verhältnisses[107]. Ferner ist es — abgesehen von der darin liegenden Unsittlichkeit — unzulässig, in Aussicht zu nehmen, daß ein Freier seinen Status verliere. Denn es sollen nicht Freie unfrei, sondern eher Unfreie zu Freien werden[108]. Für das Recht ist es eine traurige Nothwendigkeit, dem Deportirten seine Civität zu nehmen; darum aber soll man nicht hierauf speculiren, sondern vielmehr die Wiederherstellung seiner Civität erwarten dürfen. Nicht einer gleichen Rücksichtnahme erfreut sich der servus poenae, denn dieser ist bürgerlich todt[109]. Dagegen hindert Nichts, die Veränderung der Rechtsregeln in Aussicht zu nehmen. Das Recht bewegt sich in einem steten Entwicklungs- und Bildungsprocesse. Unabänderlich und ewig ist nur das Urrecht der Natur[110]. In der l. 137. §. 6. D. de V. O. 45, 1. handelt es sich nur um res publicae und religiosae, bei denen die Möglichkeit, daß etwa durch späteren Rechtssatz ihre Eigenschaft aufgehoben werden könnte, nicht berücksichtigt werden soll. Der Grund der Unzulässigkeit ist, daß die Möglichkeit außer der Natur der Sache liegt. Es handelt sich nicht um die Veränderung des Rechts selbst, sondern nur um die durch eine Veränderung des Rechts mögliche Aufhebung der hinderlichen Eigenschaft.

Während oben, den Aussprüchen der Quellen gemäß, als

---

107) l. 35. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

108) l. 83. §. 5. D. eod. l. 34. §. 1. D. de contr. empt. 18, 1. §. 2. I. de sing. reb. p. fideic. rel. 2, 24.

109) l. 59. §. 1. 2. D. de condit. 35, 1. vgl. Savigny III. S. 167 w.

110) A. M. Savigny, System III. S. 169. Mommsen I. S. 147. Vom Standpunkte der historischen Rechtswissenschaft sollte ein Einwand gegen die obige Auffassung am wenigsten erwartet werden.

möglich nur das seiner Natur nach Mögliche zugelassen wird, stellt Savigny, System III. S. 167 das Erforderniß dahin fest, daß die Möglichkeit von der Art sei, daß man ihren Eintritt als ein gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereigniß wohl erwarten kann, wie z. B. die Freilassung eines Sclaven. Nach dem Ausspruche der Quellen kommt es nicht sowohl auf das Gewöhnliche, als auf das Naturgemäße der Sache an. Wenn es heißt: casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est, so wird dadurch nur das Erforderniß der Natürlichkeit und zwar, in Rücksicht auf den besonderen Fall, gleichzeitig mit dem der Schicklichkeit anerkannt.

Mit Recht erklärt sich dagegen Savigny, a. a. O. S. 169 Note z., gegen Sell, unmögliche Bedingungen §. 9. S. 47. 51, welcher zwischen Verträgen und Testamenten dahin unterscheiden will, daß Verträge immer ungültig sind, wenn die Bedingung zur Zeit des Abschlusses eine unmögliche war. Man kann höchstens sagen, daß die Gültigkeit bedingt möglicher Leistungen bei Legaten bei den Römern entschiedener anerkannt war, als bei Verträgen. Was die Regel: in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus für Verträge ist, ist die regula Catoniana für Testamente. Die letztere war aber schon unstreitig für bedingte Legate beseitigt, als die Controverse bezüglich der Verträge noch bestand.

Mommsen I. S. 143 flgde. endlich will unterscheiden, ob die anfänglich vorhandene Unmöglichkeit, die später gehoben werden kann, eine dauernde oder nur eine vorübergehende (zeitweilige) ist. Nur die dauernde Unmöglichkeit soll als wahre Unmöglichkeit behandelt werden.

Man sollte meinen, das dauernd Unmögliche könne nicht noch möglich werden, und daß somit die Unterscheidung auf die fraglichen Fälle, wo eine Anfangs vorhandene Unmöglichkeit später gehoben werden soll, von vornherein unanwendbar wäre.

Allein wie bestimmt Mommsen den Begriff der Dauer?

Die Unmöglichkeit sei dauernd, wenn sie auf einem Grunde beruhe, „dem seiner Natur nach die Eigenschaft der Continuität zukommt", S. 147. Deßhalb bewirke der Umstand, daß der Gläubiger bereits das Eigenthum an der zu leistenden Sache hat, oder ein Dritter Eigenthümer des Grundstücks ist, für welches er eine Prädialservitut stipulirt, eine Unmöglichkeit der Leistung, weil das Eigenthum, obwohl beliebig veräußerlich, sowie jedes andere dingliche Recht, den Charakter der Continuität in sich trage. Hingegen sei bei einer res publica, wenn sie nicht schlechthin, sondern nur für gewisse Zeit zu öffentlichen Zwecken dem Verkehr entzogen sei, keine dauernde Unmöglichkeit anzunehmen, S. 148.

Wo dagegen über eine unmögliche Leistung ausdrücklich unter der Bedingung des Möglichwerdens contrahirt wird, soll die Obligation gültig sein, selbst dann, wenn die Unmöglichkeit eine dauernde Natur hat; nur dürfe in diesem Falle nicht jede Aussicht auf die demnächstige Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen sein, auch diese Nichts den guten Sitten Zuwiderlaufendes enthalten, S. 150.

Der Begriff der Dauer wird hier offenbar schon sehr unsicher gefaßt. Es soll im Grunde genommen, wie dies auch S. 143 einmal hervortritt, nur unterschieden werden, ob die Aussicht auf Beseitigung des Hindernisses „eine nähere oder entferntere" ist.

Allein die Quellen kennen diesen Unterschied nicht. In dem Falle des §. 2. I. de inutil. stip. 3, 19. und der l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1. ist zwar von einer res publica „usibus publicis perpetuo relicta" die Rede. Aber in den Entscheidungsgründen beider Stellen wird nicht das mindeste Gewicht darauf gelegt, ob die Unmöglichkeit dauernd oder vorübergehend. Daß gerade von einer dauernd zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sache die Rede ist, hat darin seinen Grund, daß die Möglichkeit, daß die Sache wieder Privateigenthum würde, ganz naturgemäß wäre, wenn sie

ausdrücklich nur auf eine gewisse Zeit zum öffentlichen Gebrauche bestimmt worden wäre.

In der l. 35. §. 1. D. de V. O. 45, 1. kam es dem Juristen darauf an, der in Naturgesetzen liegenden die auf Rechtsvorschrift beruhende Unmöglichkeit entgegenzusetzen. War die Rechtsvorschrift nur zeitweilig ein Hinderniß, so war es wieder ganz natürlich, den Wegfall desselben in Aussicht zu nehmen. Die Möglichkeit der Ehe unter Adoptivgeschwistern wird daher nur deßhalb nicht berücksichtigt, weil sie jedenfalls den guten Sitten zuwiderlaufe. Eine solche Möglichkeit wäre aber auch der Natur der Sache entgegen. Die Veräußerung einer Sache endlich wäre nur im Falle der Unveräußerlichkeit des Eigenthums Etwas dauernd Unmögliches.

Die Unzulänglichkeit der von Mommsen gemachten Unterscheidung zeigt sich auch in ihrer Anwendung auf die sog. nachfolgende Unmöglichkeit (Mommsen I. S. 291 flgde.). Wenn der geschuldete Sclav ohne Schuld des Debitor freigelassen wird, so erlischt die Obligation für immer und tritt nicht wieder von Neuem ein, wenn der Sclav später wieder unfrei wird. l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1. l. 98. §. 8. D. de solut. 46, 3. Der Grund der Entscheidung wird aber nicht in einer dauernden Unmöglichkeit, sondern ausdrücklich darin gefunden, daß sich sonst die Aufhebung und Entstehung der Obligation nach demselben Grunde der Möglichkeit der Leistung bestimmen würde, so daß, wie die Unmöglichkeit der Leistung die Obligation aufhebt, der Wiedereintritt ihrer Möglichkeit die Obligation von Neuem begründet (quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit). Die Obligation entsteht aber noch nicht dadurch, daß die Leistung möglich ist.

Anders verhält sich die Sache, wenn Jemand ein Schiff, das er zu leisten hat, auseinandernimmt, um es zu repariren und es hernach wieder zusammenzusetzen. Hier ist das Schiff

noch nicht untergegangen; die Reparatur bezweckt gerade die Erhaltung des Schiffes: magis cessat obligatio, quam exstincta est, da augenblicklich die Bestandtheile wieder zu einem Ganzen zusammengesetzt werden können. Geschieht dagegen die Auflösung des Schiffes, um das Material zu anderen Zwecken zu verwenden und wird daraus ein neues Schiff erbaut, so ist das frühere Schiff untergegangen und die Obligation erlischt. Der Untergang der Obligation verlangt Nichts Anderes, als den Untergang der Sache als solcher. Nicht, daß der Untergang ein dauernder, sondern nur, daß er ein wirklicher ist, wird erfordert.

Die Entscheidung der l. 136. §. 1. D. de V. O. 45, 1. beruht auf dem wieder anderen Grunde, daß die Obligation in eine Lage gekommen ist, in der sie nicht hätte entstehen können (ea, quae recte constiterunt, resolvi, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. l. 98. D. de V. O. 45, 1.).

Daß der Erwerb der geschuldeten Sache von Seiten des Gläubigers die Obligation aufhebt, macht ebenfalls nur die einfache Unmöglichkeit der Leistung nothwendig. Die darüber sprechenden Stellen verlangen nur, daß der Gläubiger die Sache wirklich und vollständig und nicht bloß widerruflich erworben habe, da sonst die Leistung noch gar nicht unmöglich wäre; sie enthalten Nichts, was auf eine dauernde Unmöglichkeit hindeutete[111].

Durch die Unmöglichkeit wird die Obligation in per-

111) l. 82. pr. l. 108. §. 5. D. de leg. I. 30. l. 83. §. 6. D. de V. O. 45, 1. l. 1. §. 47. l. 2. l. 3. D. depos. 16, 3. Die l. 7. §. 13. D. comm. div. 10, 3. l. 13. §. 17. D. de act. empti 19, 1. handeln überhaupt nicht von einer, und namentlich auch nicht von einer zeitweiligen Unmöglichkeit. Da nicht ein reeller Theil, sondern nur ein ideeller Theil an der gemeinschaftlichen Sache verkauft ist, muß sich der Käufer alle die Modificationen gefallen lassen, welche der gekaufte Eigenthumsantheil durch die actio communi dividundo erfahren kann. Das so modificirte Recht ist alsdann der eigentliche Gegenstand der Leistung.

petuum aufgehoben; deßhalb braucht aber nicht die Leistung in perpetuum unmöglich sein[112].

Wenn ein Sclav, der legirt ist, freigelassen wird und hernach wieder in die Unfreiheit zurückfällt, so ist er nicht mehr dieselbe Sache, als früher. Er ist durch die Freilassung untergegangen[113].

Sonach ist überall keine dauernde, sondern nur eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung zur Aufhebung der Obligation erforderlich[114]. Das einzige quellenmäßige Requisit an die Beschaffenheit des rechtlich als möglich Anzusehenden ist, daß es Etwas seiner Natur nach Mögliches sei.

Die Unterscheidung der objectiven und subjectiven[115], der völligen und theilweisen[116] Unmöglichkeit hat begrifflich Nichts Schwieriges. Die subjective Unmöglichkeit ist in Wahrheit gar keine Unmöglichkeit.

Ein Interesse kann endlich nicht stattfinden an Etwas Unsittlichem oder Widerrechtlichem. Das Unsittliche und Widerrechtliche steht, wenn auch in manchen Beziehungen in der rechtlichen Wirkung, so doch nicht in seinem Wesen dem Unmöglichen gleich[117]. Was unsittlich ist, kann niemals sittlich werden, wogegen Etwas Anfangs Unmögliches späterhin möglich werden kann. Unter Unsittlich und Widerrechtlich ist

---

112) l. 98. §. 8. D. de solut. 46, 3.: in perpetuum sublata obligatio restitui non potest. l. 61. D. de solut. 46, 3.

113) l. 98. §. 8. cit. l. 27. §. 1. D. de adim. leg. 34, 4. Ueber die abweichende Ansicht des Celsus cfr. l. 79. §. D. de leg. 3, 32. l. 98. §. 8. cit.

114) Eine grundlose Ausflucht ist es, wenn Mommsen a. a. O. S. 293. den aus dem Untergange der Sache hergenommenen Entscheidungsgrund des Paulus nicht als solchen, sondern nur wegen der darin enthaltenen dauernden Unmöglichkeit der Leistung gelten lassen will!

115) S. darüber Savigny, Obligationenr. I. S. 385. l. 137. §. 4. 5. D. de V. O. 45, 1.

116) S. darüber Mommsen I. S. 8. S. 153.

117) S. besonders Savigny, System III. S. 170.

hier unbedingt Alles zu verstehen, was die Sitte oder das Recht verletzt[118].

Unsittlich ist es, daß Jemand ein Verbrechen begehen, nicht aber, daß er auf den Fall der Begehung eine Conventionalstrafe bezahlen soll. Die letztere dient hier nur zur Beförderung des Sittlichen[119]. Dagegen ist es eine Verletzung der Sitte, sich für die Pflichterfüllung und die Unterlassung des Schlechten Geld versprechen zu lassen. Dies führt zu einem Untergraben der Sitte. Es ist etwas Anderes, sich für den Fall der Begehung einer schlechten Handlung einer Strafe zu unterwerfen, als für den Fall der Nichtbegehung sich einen Vortheil zu sichern.

Eine bloße Zweckmäßigkeitsrücksicht und kein sittliches Moment ist es, wenn Savigny III. S. 177 den wahren Grund darin finden will, daß ein Vertrag, wodurch solche Vortheile vorbedungen werden, leicht zu unwürdigen Speculationen gemißbraucht werden kann, indem Drohungen Jemanden bestimmen können, den bösen Willen des Anderen durch versprochenen Lohn zu überwinden. Eine ganz andere Bedeutung hat die einem Beamten für angestrengte Dienstleistung bewilligte Gratification oder ein demjenigen, der mit eigener Gefahr einem Anderen das Leben rettet, gereichtes Ehrengeschenk. Hier folgt der guten That die Belohnung und hatte auf das Motiv keinen Einfluß, während dort das Geld im Voraus versprochen war.

Als unsittlich gelten ferner die Conventionalstrafen, welche auf irgend eine Weise die Entschlüsse in Ehesachen bestimmen sollen, und ebenso Vermögensvortheile unter der Bedingung der Ehelosigkeit, Ehescheidung und Unterwerfung des Entschlusses zur Ehe unter fremde Willkür u. dgl. m.[120].

---

118) l. 14. 15. D. de cond. inst. 28, 7. l. 13. §. 1. D. de pollic. 50, 12. vgl. Savigny, III. S. 171.

119) l. 123. l. 137. §. 6. D. de V. O. 45, 1.

120) S. Savigny, III. S. 179—191, der hierüber ausführlich handelt.

§. 12.
Causalität.

Das dritte Haupterforderniß des Interesse ist das des Causalzusammenhanges zwischen dem fraglichen Vortheile und der fraglichen Thatsache. Dieser Causalzusammenhang ist, streng genommen, nur ein hypothetischer, da dem Interesse wesentlich nur das Verhältniß der Bedingtheit zu Grunde liegt, dieses aber nicht nothwendig eine bereits eingetretene Ursache und eine bereits eingetretene Wirkung voraussetzt, sondern ebensowohl stattfindet, auch wenn Ursache und Wirkung noch nicht eingetreten sind. Dieses Verhältniß der Bedingtheit ist zu verstehen, wenn im Nachfolgenden von einem Causalnexus die Rede ist.

Das Interesse muß sich demnach darstellen als abhängig von einer gewissen Thatsache.

Es gilt gleich, ob diese Abhängigkeit eine mittelbare oder unmittelbare, eine nothwendige oder zufällige ist. Die Thatsache, auf der sie beruht, kommt nicht in ihrer Bedeutung an und für sich selbst, sondern in Beziehung auf eine bestimmte Vermögensmasse in Betracht. Nicht die Folgen bloß werden berücksichtigt, welche die Thatsache ihrer Natur nach mit Nothwendigkeit und daher überall hervorbringt, sondern auch die Folgen, welche sie in ihrer Wirkung auf ein gewisses Vermögen in seiner eigenthümlichen Gestaltung und Zusammensetzung, mit seinen zufällig und launenhaft unter einander verwebten, einander bedingenden und voraussetzenden Vermögensstücken übt. Trifft die Thatsache nur auf eines dieser Stücke, so trifft sie mittelbar auch die ganze Reihe der damit in Verbindung stehenden. Mit jenem einen fallen und stehen diese übrigen.

So hängt an dem Sclaven die Conventionalstrafe, unter der seine Leistung versprochen ist; das Bestehen eines Viergespanns ist bedingt durch das Bestehen jedes einzelnen Gliedes; mit dem einzelnen Gliede fällt auch der durch die Zu-

sammengehörigkeit gegebene höhere Werth des Ganzen als solchen im Vergleiche mit der Summe der Theile; ein Hauswirth, der den Zuzug des Dienstpersonals eines Miethers hindert, kommt auch für alle die Folgen seiner Handlung auf, welche nur bei dem Vorhandensein gewisser besonderer Contractsbestimmungen zwischen dem Dienstherrn und dem Diener, oder nur bei dem Vorhandensein gewisser Eigenthümlichkeiten in der Person und den Verhältnissen des Dieners eintreten konnten, und ohne dieselben niemals in Betracht gekommen wären. Hatte z. B. der Diener Frau und Kinder und hatte sich der Dienstherr verpflichtet, ihm neben dem Lohne eine Dienstwohnung mit eigenem Heerde zu gewähren, sowie das zu Feuerung, Licht, Heizung u. dgl. erforderliche Brennmaterial zu liefern, und war nun durch die hartnäckige Weigerung des Hauswirths, den Diener einzulassen, dieser genöthigt worden, sich in aller Eile ein vorläufiges Obdach für sich und seine Familie zu suchen, wobei er keinen eigenen Heerd haben konnte und seine zahlreichen Mobilien anderweit unterbringen mußte, so kommt der hartnäckige Hauswirth für alle dadurch für Beköstigung, Logis und die nothgedrungene Unterbringung der Möbel bei fremden Leuten erwachsenen Kosten, für das durch den Rücktransport und Wiederhintransport enstandene Fuhrlohn u. s. w. auf.

Der Hauswirth kann sich nicht darauf berufen, daß er von den eigenthümlichen Verabredungen des Dienstcontractes und davon, daß der Diener oder die Wirthschafterin eine zahlreiche Familie habe u. dgl., keine Kenntniß gehabt; da er für alle Folgen seiner Handlung haftet, so muß er auch diese weiteren, durch die besonderen Verhältnisse seines Miethers veranlaßten, gegen sich gelten lassen.

Das **Vermögen** mit seinen besonderen Verhältnissen ist beim Interesse bloß das Object, auf das die Thatsache wirkt oder wirkend gedacht wird. **Es ist nur die causa sine qua non, die Thatsache hingegen ist das eigentlich Wirkende, die causa efficiens.**

Es gilt nun ausnahmelos die Regel:

Zum Interesse gehört nur das, was von einer fraglichen Thatsache wirklich abhängig ist.

Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a. Würde man Etwas nicht haben, auch wenn eine fragliche Thatsache eingetreten wäre, so hat man an dieser kein Interesse.

Dies ist auf zweierlei Art möglich: Entweder würde der Vortheil in Folge einer späteren Thatsache wieder weggefallen sein, oder umgekehrt, eine frühere Thatsache würde den Eintritt des Vortheils verhindert haben.

Ein Fall der ersteren Art ist es, wenn die deteriorirte Sache später untergeht. Das Interesse an der Nichtdeterioration ist hier durch den späteren Untergang der Sache beseitigt[121]. Dasselbe gilt von der judicii mutandi causa oder vom Erbschaftsbesitzer dolose veräußerten Sache[122]. Ebenso, wenn der Ehemann wider den Willen der Frau einen Dotalsclaven manumittirt und dieser noch vor der Restitution der Dos stirbt[123], oder ein Schiffer Waaren nicht auf das gehörige Schiff verladet und dieses nachher untergeht, aber auch das Schiff, auf welches nach den Bestimmungen des Contracts geladen werden sollte, ebenfalls untergeht[124]. Das Interesse daran, daß der Sclav nicht manumittirt, oder die Waaren auf das bestimmte Schiff geladen worden wären, ist hier in Folge der späteren Ereignisse fortgefallen.

Ein Beispiel der zweiten Art ist es, wenn Gebäude, welche durch die Nachlässigkeit des Verwalters sicher eingestürzt wären, schon vorher durch Brand zerstört werden[125].

121) l. 27. §. 2. D. de R. V. 6, 1.

122) l. 4. §. 5. D. de alien. jud. mut. c. 4, 7. l. 36. §. 3. D. de H. P. 5, 3.

123) l. 61. D. de solut. matrim. 24, 3. vgl. Mommsen, S. 154 Note 15.

124) l. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14, 2.

125) l. 4. D. de impensis 25, 1.

oder Sachen, deren Eviction bevorstand, untergehen, oder derelinquirt oder manumittirt worden sind. Der Käufer hat hier kein Interesse mehr bei der Eviction; nur wegen des Patronatrechts an dem manumittirten Sclaven konnte die Eviction noch wichtig werden[126].

Mommsen S. 150. 152. hält bei diesen Beispielen auseinander: ob es sich um den Causalnexus zwischen dem Schaden und der zum Schadensersatze verpflichtenden Thatsache oder um den Causalnexus zwischen dieser Thatsache und einer Culpa des Schuldners handelt. Dieser letztere Gesichtspunkt wäre allenfalls für die l. 45. D. de O. et A. 44, 7. l. 21. D. de hered. vend. 18, 4. l. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14, 2. l. 61. D. de solut. matr. 24, 3. anwendbar[127]. Nur ist die Nichterfüllung schon als solche zum Ersatze verpflichtend, da die Culpa nur mittelbar auf die Interesseleistung influirt, indem sie unmittelbar das Bestehen der Obligation betrifft, von der Nichterfüllung einer Obligation aber nur dann noch die Rede sein kann, wenn die Obligation noch besteht.

Dagegen trifft der Gesichtspunkt des erwähnten Causalzusammenhanges nicht in den Fällen zu, wo die gekaufte Sache derelinquirt, oder der gekaufte Sclav manumittirt ist, wenngleich dieselben später evincirt worden wären. Die für den Fall der Eviction stipulirte Dupla verfällt nur dann, wenn die Sache in Folge der Eviction entzogen wird. In den vorerwähnten Fällen aber würde sie dem Käufer nicht in Folge der Eviction, sondern in Folge seiner eigenen Handlung entzogen sein. Es handelt sich demnach nur um die Erfordernisse zur Verwirkung der Stipulation. Aber auch ohne daß eine Dupla stipulirt wäre, würde es hier an einem

126) vgl. l. 21. pr. l. 64. §. 2. l. 25. l. ult. D. de evict. 21, 2. l. 26. C. de evict. 8, 45. l. 45. §. 2. D. de act. empt. 19, 1.

127) Wegen der l. 45. und l. 21. citt. s. Windscheid a. a. O. S. 541, dem insofern beizupflichten ist, als aus beiden Stellen noch nicht hervorgeht, daß schon die Nichterfüllung als solche verpflichtend sei.

Interesse bei der Eviction fehlen, da der Käufer die Sache doch nicht haben würde, auch wenn nicht evincirt wird. Ebenso hat die Ehefrau kein Interesse an der Verwendung von Impensen auf die Dotalsache, wenn diese später doch untergeht.

Für die Entwickelung der Causalität ist es überdies gleichgültig, ob man von dem einen oder anderen Gesichtspunkte ausgeht.

Nicht in Widerspruch mit dem oben entwickelten Grundsatze stehen die l. 11. §. 3. l. 51. D. ad legem Aquil. 9, 2., sowie die l. 38. §. 3. D. de solut. 46, 3. Wer einem bereits tödtlich verwundeten Sclaven den Todesstoß versetzt, haftet de occiso servo dem Eigenthümer für das Interesse, daß der Sclav noch nicht getödtet wäre. War der Sclav zur Zeit der Tödtung schon völlig werthlos, so würde es an einem Interesse fehlen, aber nicht sowohl wegen mangelnden Causalzusammenhanges, als wegen Mangels eines Vortheils. Diese Frage konnte aber bei den Grundsätzen der lex Aquilia gar nicht aufkommen, da hier nicht die Zeit des Delicts, sondern ein früherer Zeitpunkt zu Grunde gelegt wurde.

Die l. 38. §. 3. D. de solut. 46, 3. handelt von der Zahlung: Qui hominem promisit, si statuliberum solvat ..... nullo modo dici conveniet, si mortuo Sticho conditio deficiat, liberari debitorem .... quando nullo tempore perfecte hominem meum feceris ...

Wenn Jemand einen Sclaven in genere verspricht, so ist seine Verbindlichkeit erst dann vollständig erfüllt, wenn er einen Sclaven völlig in das Eigenthum des Gläubigers gebracht hat. Giebt er daher einen statuliber, so wird seine Obligation erst mit der Deficienz der Bedingung getilgt, unter der der statuliber die Freiheit erhalten soll. Stirbt dieser dagegen vor der Deficienz, so kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, daß der Gläubiger den Sclaven nicht gehabt hätte, auch wenn er völlig in sein Eigenthum gebracht worden wäre. Denn die Obligation ist noch unge-

tilgt und der Gläubiger kann daher immer noch Erfüllung fordern.

Mit Recht bemerkt Windscheid S. 543 gegen Mommsen S. 155: daß der Grund, daß nicht eine species, sondern ein genus geschuldet sei, wenn aber ein anderer Sclav geleistet wäre, dieser nicht gestorben sein würde — nur eventuell, in Ermangelung des auf der noch nicht geschehenen Zahlung beruhenden, in Betracht kommen könnte. Zudem ist es nicht einmal ausgemacht, daß den anderen Sclaven nicht ein gleicher Fall bei dem Gläubiger betroffen hätte.

b. Der zweite Folgesatz aus dem Wesen der Causalität läßt sich dahin formuliren:

Ein Interesse ist nicht vorhanden, wenn man den fraglichen Vortheil gehabt hätte, auch wenn die fragliche Thatsache nicht eingetreten wäre.

Z. B. der Gläubiger des Titius hat kein Interesse, sich von einem Anderen stipuliren zu lassen, an Stelle des Titius zu zahlen, wenn Titius völlig zahlungsfähig ist, weil, wenn auch der Andere nicht statt des Titius zahlt, von diesem die Schuldsumme voll beigetrieben werden kann: Quid enim mea interest, id a te fieri, quod, si non feceris, aeque salvam pecuniam habiturus sum? l. 97. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

Anders verhält es sich bei der Stipulation auf Schadloshaltung; hier würde es nicht sowohl am Causalnexus, als an dem Objecte des Interesse fehlen, wenn der Hauptschuldner solvent wäre. Denn diese Stipulation geht nur auf das, was man von dem Hauptschuldner nicht beitreiben kann.

Ferner hat man kein Interesse wegen Nichtausführung eines Mandats, wenn der Auftrag von einer anderen Person gehörig ausgerichtet ist. Ebenso ist der Käufer nicht mehr bei der Eviction interessirt, wenn der Verkäufer den Evictionsproceß übernimmt und den nachtheiligen Ausgang durch Zahlung der litis aestimatio abwendet. Wenn endlich Jemandem mehrere gleich liquide Urkunden zu Gebote stehen,

so würde er das fragliche Recht sich doch erhalten können, auch wenn ihm die eine oder andere Urkunde vernichtet wird[128]. Materiell steht diesen Fällen auch das Correal- und Bürgschaftsverhältniß gleich, wenn die correi oder der Bürge und der Hauptschuldner gleich solvent sind, neque enim vani timoris ulla aestimatio est. l. 13. pr. D. de re jud. 42, 1.

c. Der dritte Folgesatz aus dem Wesen der Causalität geht dahin:

Soll Etwas von einer Thatsache abhängig sein, so muß es eben diese Thatsache, keine andere, sein, von welcher es abhängig ist.

Dieser Satz hängt so nothwendig mit dem Begriffe des Interesse zusammen, daß man ihn, ohne den letzteren aufzugeben, nicht leugnen oder auch nur beschränken kann.

Einer Thatsache ist nur die Folge zuzuschreiben, welche aus ihr, nicht die, welche aus einer anderen Ursache hervorgegangen ist.

Mommsen S. 161 trägt jedoch Bedenken, diesen Satz anzuerkennen[129]. Er schließt vielmehr nur dann den Schaden von der Berechnung aus, wenn derselbe durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt (der Sorgfalt eines diligens paterfamilias) von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können. Eine Ausnahme hiervon soll noch für Fälle doloser Rechtsverletzungen gelten.

---

128) l. 8. §. 6. D. mandati 17, 1.; l. 21. §. 2. D. de evict. 21, 2.; l. 27. §§. 1. 2. D. de furtis 47, 2. Aus einem irrigen Gesichtspunkte betrachtet Mommsen II. S. 118 Note 1. diese Stellen.

129) „Es dürfte bedenklich sein, ... einen Grundsatz von allgemeinerer Bedeutung abzuleiten, etwa in der Weise, daß der eingetretene Schaden dann von der Berücksichtigung auszuschließen sei, wenn außer der zum Ersatze verpflichtenden Thatsache die Culpa eines Dritten zur Herbeiführung des Schadens mitgewirkt hat." Aus dem weiteren Zusammenhange ergiebt sich, daß unter diesem „Mitwirken" eine selbständig wirkende Handlung gemeint ist. S. 162.

Ob der Schaden vermieden werden konnte oder nicht, ist zunächst für den Causalzusammenhang sehr gleichgültig. Es kommt bei diesem nur darauf an, ob ein Schaden geschehen ist und wodurch. Darüber ist man längst im Klaren.

Sodann aber auch: warum soll bloß der Schaden außer Ansatz bleiben, den der Beschädigte sich durch eigene Schuld dazu verursacht hat? Es ist ganz unerfindlich, warum ein Unterschied bestehen soll zwischen dem Schaden, der durch eigene Schuld des Klägers, und dem, der durch Schuld eines Dritten zu der ursprünglichen Beschädigung hinzugetreten ist.

Man haftet doch nur aus der That, die man selber begangen, nicht aus der That eines Anderen, gleichviel, mag dieser Andere der Beschädigte selber oder ein Dritter sein.

Wo ist der Causalnexus zwischen meiner That und dem Schaden, den der Dritte bewirkt?

Die klarsten Aussprüche der Quellen bestätigen denn auch unsere Auffassung.

Die actio de occiso servo ist ausgeschlossen, wenn ein verwundeter Sclav durch die Ungeschicktheit des Arztes gestorben ist. Die Todesursache ist hier nicht die Verwundung, sondern die unrichtige Behandlung Seitens des Arztes; der Arzt hat getödtet, nicht der, der den Sclaven verwundete. Ohne diese Verwundung wäre aber der Arzt nicht zugezogen worden? Die Verwundung wird zur Gelegenheitsursache, zur causa sine qua non; die unrichtige Behandlung des Kranken ist allein das efficiens.

Daher heißt es klar und deutlich in der l. 52. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2.:

> Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset: recte de injuria occiso eo agitur.

Die Ungeschicktheit des Arztes und die Nachlässigkeit des

Eigenthümers werden hier durch ein deutliches „aut" gleichberechtigt nebeneinandergestellt[130].

Ebenso ist die actio de occiso servo ausgeschlossen, wenn ein Dritter später den verwundeten Sclaven tödtet[131]; sie ist nicht bloß ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer den Sclaven hat umkommen lassen. Welch ein Unterschied sollte auch stattfinden zwischen der inscientia medici, welche nach der l. 52. pr. als die wahre Ursache des Todes anzusehen ist, und der durch einen Anderen herbeigeführten Tödtung?

Ja, selbst wenn schon die erste Wunde eine tödtliche war, ist die Klage de occiso servo ausgeschlossen, wenn ein anderes Ereigniß später den wirklichen Tod herbeiführt.

Mommsen S. 162 sucht die l. 52. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. für seine Ansicht zurecht zu legen, indem er annimmt, daß es sich in derselben um den Causalnexus zwischen dem eingetretenen Tode des Sclaven und der Culpa des Beschädigers handle; damit ein bestimmter Erfolg dem Handelnden imputirt und die Erstattung des dadurch verursachten Schadens ihm auferlegt werden könne, sei aber nöthig, daß der Erfolg in einer näheren Verbindung mit der culposen Handlung stehe, so daß auch ein nicht ungewöhnlich ängstlicher Mensch diesen Erfolg als einen möglichen hätte vorhersehen können. Wer daher einen Anderen unvorsichtigerweise mit einem an sich ungefährlichen Instrumente verwunde, hafte allerdings wegen culposer Verwundung, nicht aber wegen Tödtung, wenn die an sich ungefährliche Wunde durch außergewöhnliche Umstände den Tod des Verletzten herbeigeführt hat, da ein solcher Erfolg außer aller Berechnung gelegen habe. Was aber in Ansehung des rechtsverletzenden Erfolges gelte,

130) cfr. l. 30. §. 4. D. ad leg. Aquil. 9, 2.: Si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

131) Die l. 11. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9, 2. stellt dies als die spätere Rechtsüberzeugung der abweichenden Ansicht Julian's in der l. 51. pr. eod. gegenüber fest.

daß er müsse imputirt werden können, sei nicht auf die einzelnen nachtheiligen Folgen dieses Erfolges auszudehnen, so daß auch jede dieser weiteren Folgen müßte imputirt werden können. S. 163.

Mommsen unterscheidet also zwischen dem rechtsverletzenden Erfolge und den einzelnen weiteren Folgen desselben. Als ob nicht der rechtsverletzende Erfolg schon selbst Folge, und zwar Folge der Handlung des Verletzers wäre. Zur Begründung der Ersatzpflicht ist aber nur nöthig, daß die Handlung imputirt werden kann. Ob er die Folgen derselben vorhergesehen, gilt gleich. Es kann daher auch Nichts darauf ankommen, ob die Folge eine nähere oder entferntere ist. Diese Irrthümer sind längst abgethan. Mommsen erklärt die Stelle auf Unkosten des von ihm selbst angenommenen Princips, daß es nicht der Imputation der einzelnen Folgen bedürfe. (vgl. a. a. O. 163. 165. 293, Note 4).

Daher haftet auch derjenige, der einem kranken Sclaven nur einen ganz leichten Schlag versetzt, wenn der Sclav in Folge davon stirbt. Es kommt nicht darauf an, ob er diese Wirkung gewollt oder vorhergesehen hat. Er hat getödtet, aliud alii mortiferum est. Dies spricht deutlich die l. 7. §. 5. D. ad legem Aquil. 9, 2. aus: Sed si quis servum aegrotum leviter percusserit, et is obierit, recte Labeo dicit, lege Aquilia eum teneri, quia aliud alii mortiferum esse solet. Eine willkürliche Hineintragung ist es, wenn Mommsen S. 300 voraussetzen will, der Schlagende sei mit der Krankheit des Sclaven bekannt gewesen.

Wenn sich aber Derselbe für seine Ansicht auf die Fälle beruft, wo eine Haftung des Schuldners angenommen wird, wenn er den Bestimmungen oder auch nur der Natur des Contracts zuwider eine Sache mit auf Reisen genommen hat, und ihm dieselbe unterwegs durch Räuber oder feindliche Gewalt entrissen worden ist, so folgt daraus nur, daß man für einen Schaden, den man nicht herbeigeführt hat, mitunter zwar verantwortlich ist, nicht aber, daß ein

solcher Schaden eigentlich zugerechnet wird. Betrachtet man hier das zufällige Ereigniß, die räuberische Gewalt, als Ursache des Schadens, so haftet hier der Schuldner für den Zufall[132] und zwar deßhalb, weil er contractwidrig verfahren ist. Bei der Haftung für Zufall wird aber eben von einem Causalnexus des Schadens mit einer Handlung des Schuldners, mithin auch von der Zurechnung, ganz abgesehen, und kommt es nur auf den Causalnexus zwischen dem Schaden und dem zufälligen Ereignisse an. Wollte man aber weiter gehen und die contractwidrige Handlung selbst als die Ursache des Schadens ansehen, so ließe sich dies insofern rechtfertigen, als der Schuldner die Sache in eine Lage gebracht hat, bei welcher ihr Verlust unvermeidlich war; die verhängnißvollen Umstände, der räuberische Ueberfall oder die Kriegsgefahr würden alsdann nur als mitwirkende Momente (causa adjuvans), hingegen die Handlung des Schuldners, daß er sich mit der Sache in Gefahr begeben, als die eigentlich bewirkende Ursache zu betrachten sein. In diesem Falle würde aber auch ein Causalzusammenhang zwischen dem Schaden und der culposen Handlung des Schuldners, und mithin auch die Zurechnung, vorhanden sein; ebensowie da, wo der Tod des Sclaven durch die Ungeschicktheit des Arztes herbeigeführt ist, eben diese Ungeschicktheit und Nichts Anderes die Ursache des Schadens ist. Die Voraussetzung, daß in jenen Fällen der Schuldner wissentlich gegen die Bestimmungen des Contracts gehandelt hat, wie Mommsen S. 163 intendirt, ist wieder ganz willkürlich. Die Stellen enthalten darüber Nichts.

Unzutreffend wäre aber auch die von Windscheid S. 546 angedeutete Erklärung, wonach der Grund der Entscheidung darin liegt, daß es Folge des Willens des Eigenthümers ist, daß der Arzt auf den Körper des Sclaven wirkt,

---

132) l. 5. §. 7. l. 18. pr. D. commodati, 13, 6. l. 1. §. 4. D. de O. et A. 44, 7. l. 13. §. 3. D. locati 19, 2. Diese Auffassung ist offenbar die der Quellen.

Jeder aber sich die Folgen der von ihm gewollten Handlung selber zuzuschreiben hat.

Allein der Eigenthümer wollte Nichts weniger, als den Sclaven verlieren. Er wollte, daß der Arzt ihn curiren, nicht aber ihn tödten sollte. Zwar wenn der Sclav nicht verwundet worden wäre, so wäre der Arzt nicht herbeigeholt worden. Aber der Sclav ist doch nur dadurch gestorben, daß der Arzt ihn ungeschickt behandelt hat.

Aus demselben Grunde haftet auch der Beschädiger eines Hauses nicht dafür, daß die zur Reparatur des Hauses angenommenen Arbeiter den Beschädigten bestehlen. Die Arbeiter wären zwar nicht angenommen worden, wenn die Beschädigung des Hauses nicht geschehen wäre. Aber der Verlust der entwendeten Sache ist doch eben nur durch die Entwendung herbeigeführt. Die wirklich bewirkende Ursache und die bloße Gelegenheitsursache sind daher wohl zu unterscheiden.

Der Grundsatz, daß nur das als Folge einer Thatsache betrachtet werden kann, wovon diese Thatsache die Ursache ist, und daß der Causalzusammenhang fehlt, wenn eine andere Thatsache die Ursache ist, gleichviel ob sie in einer culpa des Beschädigten oder eines Dritten besteht, wird außerdem in den Quellen in den verschiedensten Anwendungen anerkannt.

So haftet der pro rato Cavent nur für die durch die Versagung der Ratihabition nutzlos aufgewendeten Proceßkosten, wenn der dominus später den Proceß durch eine injuria judicis gewinnt. Denn der Verlust des Rechts für den Beklagten hat seinen Grund in der injuria judicis, nicht in der versagten Genehmigung der früheren Proceßführung.

Es gilt hier der Satz: injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri aequius est[133].

133) Anders erklären Mommsen S. 163, Windscheid S. 544. Geht auch die Caution unmittelbar auf das Interesse, so geht sie doch nur auf den Schaden, der Folge der Nichtgenehmigung ist, nicht aber auf den, der Folge der injuria judicis ist.

Dasselbe gilt, wenn der Bürge zu Unrecht verurtheilt wird[134], oder der Käufer im Evictionsprocesse durch eine injuria oder imprudentia des Richters unterliegt, denn nicht das mangelnde Recht des Käufers, sondern die injuria judicis ist der Grund des Schadens. l. 51. pr. D. de evict. 21, 2. l. 67. D. de fidej. 46, 1.

Noch feiner tritt der Unterschied in dem Falle hervor, wo der Käufer zwar im Evictionsprocesse unterlegen hat, der Sclav aber während desselben ihm entflohen war. Nicht die Eviction, sondern die Flucht des Sclaven ist hier der Grund, daß der Käufer denselben nicht hat: Die Dupla ist daher trotz der Eviction noch nicht verfallen, sondern erst, wenn er den Sclaven wieder ergriffen hat. l. 12. §. 1—3. D. de evict. 21, 2.

Andere Beispiele enthalten: l. 11. §. 12. D. de act. empti 19, 1. l. 10. §. 12. l. 52. D. mandati 17, 1. u. s. f.[135].

Die l. 203. D. de Reg. jur. 50, 17.:

„quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire,"

enthält eine Begriffsbestimmung des Schadens im juristischen Sinne und hat auf unsere Frage keine unmittelbare Beziehung.

Wer sich selber einen Schaden zufügt, disponirt damit über eines seiner Vermögensstücke, und darf daher ein Anderer, der ihm Schaden zufügt, sich nicht darauf berufen, daß jener sich später selber diesen Schaden zugefügt haben würde. Denn er hat ihn gehindert, über eines seiner Vermögensstücke zu disponiren; ob diese Disposition zweckmäßig und vernünftig war, bleibt sich gleich. Denn man kann Niemand deßhalb sein Recht vorenthalten oder verkürzen, weil er vielleicht nicht den richtigen Gebrauch davon zu machen weiß.

134) Der Bürge kann jedoch durch die actio mandati contraria Schadloshaltung fordern. l. 67. D. de fidej. 46, 1.

135) vgl. Mommsen S. 158—59.

Erleidet also Jemand durch eigene Schuld einen Schaden, so kommt dies dritten Personen gegenüber nicht in Betracht; es wird nicht angenommen, daß er einen Schaden erlitten.

Daß Jemand sich selber beschädigt, kann also einem Anderen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil gereichen; es kann weder die Verantwortlichkeit desselben aufheben für das, was er gethan, noch eine Haftung desselben begründen für das, was er nicht gethan, sondern Jener sich selber verursacht hat. So mittelbar hat die l. 203. cit. eine Beziehung zu unserer Frage.

Ungegründet ist die Ausnahme, welche Mommsen S. 157, 257 aus der l. 45. §. 1. D. de act. empti 19, 1. dahin statuiren will, daß Jemand im Falle einer dolosen Rechtsverletzung auch für den Schaden verantwortlich sein soll, den der Beschädigte durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte vermeiden können, d. h. also positiv ausgedrückt: den Schaden, den er seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat.

Die härtere Behandlung des Dolus kann sich doch nicht so blindlings verstehen, daß man Jemandem das zur Last legt, was er gar nicht verbrochen. Dies wäre nicht mehr Härte, sondern baares Unrecht.

Die l. 45. §. 1. D. de act. empti 19, 1. ist denn auch weit entfernt, einen solchen Satz festzustellen.

Sie betrifft die Rechtsfrage: Ist der Verkäufer einer fremden Sache dem Käufer, wenn die Sache evincirt wird, zum Ersatze der Impensen verpflichtet?

Die Stelle gehört mit der l. 43. D. eod. zusammen. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est, nam empti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo; non enim pretium continet tantum, sed omne, quod interest emptoris, servum non evinci. plane si in tantum pretium excidisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum

evictum esse eum, qui minimo venit pretio, iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem. (l. 43. in f. Paulus) Cum et forte idem mediocrium facultatum sit ...

l. 44. Africanus — — Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in ea ego aedificavero atque ita eam dominus evincit; nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat, quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat; quodsi emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. (l. 45. §. 1. Paulus.)

In der ersten Stelle führt Paulus aus: die Klage aus dem Kaufe umfasse auch die vom Käufer auf die gekaufte und evincirte Sache gemachten Impensen. Nur müßten dieselben nicht eine so übermäßige Höhe annehmen, daß sie für den Verkäufer ganz außer aller Berechnung lagen, wie wenn ein Sclav, der für ein Billiges verkauft sei, zu einem großen Künstler herangebildet ist. Es wäre ungerecht, daß hier der Verkäufer auf eine hohe Summe verpflichtet sein sollte.

Derselben Meinung war Africanus, der die Unbilligkeit um so schwerer findet, wenn der Sclav vielleicht nur mittelmäßige Fähigkeiten besaß.

In der l. 45. §. 1. cit. bemerkt nun Paulus: die Entscheidung der Frage wäre ohne alle Schwierigkeit in dem Falle, wo Jemand auf einem ihm verkauften fremden Bauplatze ein Gebäude errichtet habe und nun der Eigenthümer den Platz evincire. Denn hier hafte der Verkäufer gar nicht, da der Käufer von dem evincirenden Eigenthümer den Ersatz der Impensen mit der doli mali exceptio erreichen könne und es also seine eigene Schuld sei, wenn er die exceptio nicht

geltend mache. Es könne also gar nicht zur Frage kommen, ob der Verkäufer die Impensen ihrer ganzen enormen Höhe nach oder nur in einem billig beschränkten Maße zu erstatten habe. Dasselbe gelte, wenn ein Sclav in servitutem, nicht aber, wie in dem zuerst entschiedenen Falle, in libertatem, evincirt werde.

Freilich, wenn der Käufer sich zur Zeit der Eviction nicht mehr im Besitze des Gebäudes oder des Sclaven befinde, hafte der Verkäufer mit der actio ex empto und kehre somit die nämliche Schwierigkeit der Frage, wie in dem zuerst entschiedenen Falle, wieder.

In allen diesen Fällen jedoch sei der Verkäufer zum vollen Ersatz der Impensen verpflichtet, wenn er wissentlich eine fremde Sache verkauft hat. Eine schonende Rücksichtnahme, eine billige Beschränkung des Ersatzes sei hier am unrechten Platze.

Das ist offenbar der Gedankengang des Paulus.

Von einer culpa des Käufers, durch welche er im Evictionsprocesse die Impensen gegen den Eigenthümer geltend zu machen versäumt hätte, ist in der ganzen Stelle mit keinem Worte die Rede.

Es ist daher schon von vornherein irrthümlich, wenn Mommsen S. 257 den Unterschied dahin faßt: Im Falle doloser Rechtsverletzungen sei auch der Schaden zu ersetzen, der von dem Berechtigten durch Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte vermieden werden können. Befinde sich also der Verkäufer in dolo, so hafte er auch für das, was der Käufer durch eigene Schuld an Impensen im Evictionsprocesse eingebüßt; befinde er sich dagegen nicht in dolo, so nur für das, was der Käufer ohne seine Schuld verloren hat.

Nein, der nicht dolose Verkäufer haftet für gar Nichts, mag der Käufer durch oder ohne seine Schuld Etwas von den Impensen verlieren: magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat!

Der Unterschied liegt ganz wo anders. Paulus stellt

die Meinung auf, daß man unter Umständen dem Verkäufer nicht die volle Erstattung der Impensen zumuthen könne, daß vielmehr, wenn diese eine unerwartete Höhe erreichten, der Ersatz auf ein billiges Maß zu beschränken sei.

Wenn nun Paulus, nachdem er diese Meinung ausführlich begründet, hinzufügt: der dolose Verkäufer hafte jedoch „omnimodo“, so ist über den Sinn dieses Worts kaum ein Zweifel möglich: wenn es auch im Allgemeinen billig erscheine, daß der Verkäufer nicht unbeschränkt für den vollen Ersatz der Impensen hafte, so gelte dies doch nicht für den, der wissentlich eine fremde Sache verkauft hat; ein solcher hafte unbeschränkt. So steht das omnimodo mit der sonstigen beschränkten Haftung des Verkäufers in einem einfachen und natürlichen Gegensatze.

Ob, wenn der Käufer sich bei Geltendmachung seiner Impensen mit der exceptio doli einer culpa schuldig mache, der Verkäufer im Falle des Dolus zum Ersatz verpflichtet sei, darüber enthält sich die Stelle aller und jeder Bestimmung. Es hat daher lediglich bei den allgemeinen Principien über Causalität und Imputation sein Bewenden.

Dadurch, daß dem Käufer die Eigenschaft der Sache als einer fremden verheimlicht wird, wird er zum Abschlusse des Kaufes und weiterhin zu Verwendungen verleitet, die er nicht vorgenommen haben würde, wenn er über das Recht seines Vorgängers eines Besseren belehrt worden wäre.

Der Verkäufer bringt ihn also durch sein doloses Schweigen in Kosten und Ausgaben und muß ihm diese billigerweise ersetzen, sofern der Käufer sie in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften nicht von dem evincirenden Eigenthümer verlangen kann.

Was der Käufer durch eigene Nachlässigkeit verliert, hat er sich selber zuzuschreiben; der Verkäufer, auch wenn er sich in dolo befand, kommt ihm dafür nicht auf.

Denn der Käufer verliert nur die Impensen, insoweit

er dem Eigenthümer gegenüber sich ohne ein Recht befindet, sie geltend zu machen.

Zur Erklärung der Worte der Stelle, wonach der Käufer die actio ex empto hat, „si non possideat aedificium vel servum" sei hier schließlich bemerkt, daß die exceptio doli dem Käufer nur dann zur Seite steht, wenn er sich noch im Besitze der Sache befindet:

> Paulus respondit, eum qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam si possideat et ab eo dominus vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.
>
> l. 14. D. de doli mali et met. exc. 44, 4.

Die l. 45. §. 1. D. cit. hat sonach an den allgemeinen Grundsätzen über die Causalität Nichts geändert, und fällt somit die Ausnahme, welche Mommsen auf Grund dieser Stelle hat statuiren wollen[136]. Demnach können die Ausnahmen, welche er wieder von dieser Ausnahme für die Fälle bloß culposer Verletzungen macht, z. B. der actio legis Aquiliae, oder wo der Beschädigte durch eigenen Dolus oder culpa lata sich den Schaden bereitet hat (S. 258), nicht als Ausnahmen einer wahren Ausnahme, sondern nur als die gewöhnlichen Anwendungen der Regel gelten; sie zeigen nur das Mißliche der ersten Ausnahme.

d. Als letzter Folgesatz aus dem Wesen der Causalität ergiebt sich der:

> **die bloße Möglichkeit, daß man Etwas vielleicht doch nicht gehabt hätte, auch wenn eine fragliche Thatsache eingetreten wäre, oder umgekehrt gehabt hätte, auch wenn die Thatsache nicht ein-**

---

136) Mit Recht bemerkt auch Windscheid S. 560: in der Stelle handle es sich nicht um einen Fall eines **unvorhergesehenen Schadens**, sondern um einen Fall, wo die contrahirte Verbindlichkeit einen **unvorhergesehenen Inhalt** angenommen hat.

getreten wäre, ist nicht geeignet, den Causalzusammenhang auszuschließen[137].

Denn der von einer fraglichen Thatsache abhängige Vortheil kann nur durch eine wirklich eingetretene spätere oder frühere Thatsache aufgehoben oder verhindert werden.

Dagegen ist der Einwand, daß, wenn auch ein wirklich herbeigeführter Schaden nicht herbeigeführt wäre, der Beschädigte den betreffenden Vortheil in Folge eines späteren Ereignisses doch nicht mehr haben würde, allerdings zulässig. Dies folgt nothwendig aus dem oben Entwickelten. Zwar ist unzweifelhaft der Schaden in Wahrheit eben nur durch das beschädigende und nicht durch das andere spätere Ereigniß entstanden. Allein das Haben des Vortheils war doch nicht von dem Nichteintritte jenes ersten Ereignisses abhängig. Man würde den Vortheil nicht haben, auch wenn jenes Ereigniß nicht eingetreten wäre. Dem schließlichen Erfolge nach ist dieses also für das Vermögen des Beschädigten einflußlos.

Jemand, der einem Anderen eine wichtige Beweisurkunde vernichtet hat, kann sich demnach darauf berufen, daß der Andere dennoch den Proceß verloren haben würde, wenn z. B. der Richter ungerechterweise auf den Beweis, der durch die Urkunde erbracht werden sollte, gar nicht resolvirt und vielmehr die Entscheidung von einer ganz unerheblichen und mit der vernichteten Beweisurkunde in keiner Beziehung stehenden Thatsache abhängig gemacht hatte.

Dasselbe gilt von Servituten oder sonstigen Rechten, verfallenen Pfändern, Conventionalstrafen u. dgl., wenn dieselben auch ohne ein gewisses beschädigendes Ereigniß später durch ein anderes Ereigniß vernichtet, resp. verwirkt worden wären.

Insoweit jedoch das Interesse durch das spätere Ereigniß unberührt gelassen ist, dauert es fort. Ist das Interesse

137) vgl. über diesen sich von selbst verstehenden Satz Mommsen S. 147.

an der Hauptsache fortgefallen, so kann es sich noch um die damit verbunden gewesenen Nebenvortheile handeln. Einen solchen Fall betrifft die l. 79. D. de R. V. 6, 1.: si hominem a me petieris et is post litem contestatam mortuus sit, fructus, quoad is vixerit, aestimari oportet. Ebenso die l. 4. §. 5. D. de alienatione judicii mut. c. 4, 7.: Haec actio in id quod interest, competit, proinde .... si is, qui alienatus est, sine culpa decessit, cessat judicium, nisi si quid actoris praeterea interfuit.

Wenn auch nicht mehr auf die Hauptsache, so erstreckte sich das Interesse doch noch auf die bis zum Untergange der Sache zu ziehen gewesenen Nutzungen, und die in Folge der chikanösen Veräußerung etwa entstandenen Unkosten.

Wenn ferner die Sache vor ihrem Untergange hätte verkauft werden können, der Verkauf aber dadurch, daß die Herausgabe derselben verweigert wurde, sich zerschlagen hat, so kann in manchen Klagen trotz des späteren Unterganges der Sache noch der entzogene Kaufpreis den Gegenstand des Interesse bilden. So bei der actio quod metus causa, dem Interdictum quod vi aut clam und in einigen Fällen der hereditatis petitio[138].

Dergleichen sind besondere Umstände, die, indem sie sich neben den ursprünglichen, den Causalzusammenhang bestimmenden Factoren geltend machen, die Sachlage ändern und berücksichtigt werden müssen.

Wo sich aber solche Momente nicht dazwischendrängen, verbleibt es bei der in dem Wesen der Causalität begründeten Regel, daß, wie auch in den angeführten Stellen geschieht, ein Interesse nicht anzunehmen ist, wenn man Etwas, das durch ein bestimmtes Ereigniß zwar wirklich entzogen ist,

138) l. 14. §. 11. i. f. D. de eo quod met. c. 4, 2. l. 40. pr. D. de H. P., 5, 3. Die Auslegung der letzteren Stelle ist jedoch sehr bestritten; s. Savigny, System VI. §. 274. S. 187.

doch in gleicher Weise durch ein späteres Ereigniß verloren haben würde.

Dementgegen will Windscheid S. 551 nur in den beiden Fällen den Causalnexus ausgeschlossen wissen, wo ein anderes dazwischengekommenes Ereigniß, nicht aber die dem Verpflichteten zur Last fallende Thatsache den Schaden wirklich verursacht hat, sondern diese ihn nur hätte erzeugen können, oder wo, wenn die dem Verpflichteten zur Last fallende Thatsache den Schaden nicht verursacht hätte, statt derselben eine andere einen gleichen, wo nicht größeren Schaden verursacht haben würde, z. B. wenn bei einer Feuersbrunst ein Haus niedergerissen ist, welches ohnehin vom Feuer zerstört worden wäre. l. 7. §. 4. D. quod vi aut clam. 43, 24.

Demgemäß kommt Windscheid zu dem Satze, daß der Beschädigte bei der einmal erlittenen Beschädigung stehen bleiben könne, und dem zum Ersatze Verpflichteten nicht in die Zeit nach derselben zu folgen brauche. Um damit die entgegenstehenden Aussprüche der Quellen in Einklang zu bringen, nimmt er einen Vermögensschaden bei Obligationen, die erfüllt werden mußten, erst dann an, wenn es definitiv feststeht, daß das zu Leistende in das Vermögen des Gläubigers nicht gebracht werden wird; die bloße Thatsache aber, daß es einstweilen nicht hineingebracht worden ist, betrachtet er nur insofern als beschädigend, als ihm dadurch zeitweise der Genuß des zu Leistenden entzogen ist, daher könne der Schuldner sich allerdings auf das spätere Ereigniß berufen. So erklärt er die l. 27. §. 2. D. de R. V. 6, 1. Dasselbe nimmt er für den Fall an, wo eine Sache factisch, wie beim Diebstahle, oder gar rechtlich, wie bei erzwungenen Rechtsgeschäften entzogen worden ist. l. 14. §. 11. D. de eo, quod metus c. 4, 2.

Es kann völlig dahin gestellt bleiben, ob ein Vermögensschaden erst unter den behaupteten Voraussetzungen anzunehmen ist. In Uebereinstimmung mit dem oben S. 88 Bemerkten ist sogar der Ansicht beizutreten, daß die Richter-

füllung einer Obligation noch gar nicht als beschädigendes Ereigniß aufgefaßt werden kann.

Allein die angeführten Fälle des Vermögensschadens enthalten Nichts, was irgendwie auf die Bestimmung des Causalzusammenhanges Bezug haben könnte.

Der Grund, warum der Schuldner sich auf den Untergang der zu leistenden Sache berufen kann, wenn ihm keine Culpa zur Last fällt, liegt nicht in einem etwa mangelnden Causalzusammenhange für das Interesse des Gläubigers, sondern einfach darin, daß der Schuldner durch die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung befreit und die Obligation aufgehoben ist. Selbst noch während der Executionsinstanz („intra tempora judicati actionis") läßt deßhalb die l. 14. §. 11. D. quod met. c. 4, 2. eine Befreiung des Schuldners eintreten.

Von einem ganz anderen Falle ist in der l. 27. §. 2. D. de R. V. 6, 1. die Rede. Hier handelt es sich nicht um die Nichterfüllung, sondern um die Deterioration der Sache, nicht um das Interesse, daß erfüllt, sondern um das Interesse, daß nicht deteriorirt worden wäre. Dieses ist, wie ausdrücklich anerkannt wird, in Folge des späteren Unterganges der Sache fortgefallen: aestimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris. Der Kläger muß hier dem Beklagten in die Zeit nach der Beschädigung folgen.

Ebenso spricht die l. 8. §. 1. D. de edendo 2, 13. aus, daß ein Anfangs vorhandenes Interesse durch spätere Ereignisse aufgehoben oder verändert werden kann. Anomalisch ist in dieser Stelle nur, daß bei der Schätzung des Interesse auf die Zeit der Klage, nicht auf die des Urtheils gesehen wird. In Bezug auf den Causalzusammenhang enthält sie Nichts Anomales.

Die l. 7. §. 4. D. quod vi aut clam. 43, 24. endlich behandelt nur die Frage, inwiefern es als eine Gewaltthat oder eine widerrechtliche Beschädigung anzusehen sei, wenn

Jemand zur Hemmung einer Feuersbrunst das Haus eines Anderen niederreißt, und es wird am Ende der Stelle mit specieller Beziehung auf die actio damni injuria ausgesprochen, daß jedenfalls eine widerrechtliche Beschädigung vorliege, wenn die Feuersbrunst erst nach dem Einreißen des Hauses ausgekommen ist: quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu damnum factum sit necne aestimari oportere Labeo ait[139].

Der Einwand, daß der Schaden bei der späteren Feuersbrunst dennoch eingetreten sein würde, konnte wohl bei dem Interdicte quod vi aut clam Platz greifen, nicht aber, wenn aus der Beschädigung (damni injuria) mit der actio legis Aquiliae geklagt wurde, weil hier ein früherer Zeitpunkt der Schätzung zu Grunde gelegt wurde. Die l. 7. §. 4. cit. steht daher mit der l. 27. §. 2. D. de R. V. 6, 1. nicht in Widerspruch.

Der Causalzusammenhang ist sonach nicht ausschließlich in den beiden von Windscheid bezeichneten Fällen, sondern überhaupt ausgeschlossen, wo der durch ein bestimmtes beschädigendes Ereigniß entzogene Vortheil in Folge eines späteren Ereignisses ebenso verloren sein würde. Es kommt Nichts darauf, daß, wie in dem zweiten von Windscheid bezeichneten Falle, wo statt des beschädigenden ein anderes Ereigniß einen gleichen oder noch größeren Schaden herbeigeführt haben würde, beide Ereignisse zeitlich möglichst nahe aneinander gerückt sind. Für den Causalzusammenhang ist es gleichgültig, ob zwischen beiden Ereignissen ein längerer oder kürzerer Zwischenraum liegt. Auch, wo statt eines Ereignisses ein anderes geschadet haben würde, hat doch das eine nur wirklich geschadet. Der Grund, warum hier den-

139) Mommsen S. 203 folgert daraus irrig, daß bei dem Interdicte die Zeit der Rechtsverletzung für die Berechnung des Interesse zu Grunde gelegt sei. Dieser Ansicht steht auch die l. 14. §. 11. i. f. D. quod met. c. 4, 2. entgegen.

noch wegen des späteren Ereignisses kein Causalnexus angenommen wird, liegt, ebenso wie in den von Windscheid ausgeschlossenen Fällen, nur darin, daß man den betreffenden Vortheil nicht gehabt hätte, auch wenn das beschädigende Ereigniß nicht eingetreten sein würde.

§. 13.

III. Zeit und Ort des Interesse.

Das Interesse kann nach Zeit und Ort sehr verschieden sein. Man kann in einem Zeitpunkte ein Interesse haben, welches man an einem anderen nicht mehr hat, und was an einem Orte von Interesse ist, kann an einem anderen überhaupt nicht oder doch nicht in gleichem Maße von Interesse sein.

In dem Bisherigen wurde das Interesse absolut und ohne Beschränkung auf zeitliche und örtliche Grenzen entwickelt. Es kam daher nicht darauf an, ob zu einem bestimmten Zeitpunkte oder an einem bestimmten Orte, sondern nur, ob überhaupt irgendeinmal und irgendwo ein Interesse anzunehmen war. Das Wesen des Interesse ergiebt nicht, welche Zeit und welcher Ort bei Beurtheilung des Interesse zu Grunde zu legen ist. Es ergiebt nur, ob in einem gegebenen Zeitpunkte oder an einem gegebenen Orte ein Interesse als vorliegend anzunehmen ist oder nicht.

Wenn es daher heißt, daß bei stricti juris judiciis die Zeit der Litiscontestation, bei bonae fidei judiciis die Zeit des Urtheils, bei der actio legis Aquiliae ein Zeitpunkt innerhalb des letzten Jahres, resp. Monats vor der Begehung des Delicts zu Grunde zu legen, so ist es offenbar, daß diese Zeitbestimmungen nicht aus dem Wesen des Interesse, sondern aus der Natur der betreffenden Klagen und Rechtsverhältnisse fließen.

Eine Entwickelung der Zeit und des Orts des Interesse aus dem Wesen des letzteren hat daher nicht auf diese posi-

tiven Zeitbestimmungen überzugehen[140], sondern lediglich die Aufgabe, den Einfluß von Zeit und Ort auf das Interesse in allgemeiner Weise zur Anschauung zu bringen. Jene positiven Zeitbestimmungen können höchstens beispielsweise herbeigezogen werden.

Kaum einer Bemerkung bedarf es wohl, daß Zeit und Ort des Interesse noch verschieden sind von dem Interesse der Zeit und des Orts. Bei dem letzteren handelt es sich um das, was man haben würde, wenn zu einer bestimmten Zeit oder an einem bestimmten Orte geleistet worden wäre; dasselbe umfaßt die speciell auf dieser Zeit und diesem Orte beruhenden Vortheile. Bei den ersteren dagegen handelt es sich um das, was man überhaupt zu einer gewissen Zeit oder an einem gewissen Orte von einer Leistung gehabt hätte; dasselbe umfaßt nur die auf der Leistung schlechthin beruhenden Vortheile[141].

Für die Zeit des Interesse gilt folgender Hauptsatz: Man hat in einem bestimmten Zeitpunkte ein Interesse, wenn man in diesem Zeitpunkte Etwas von einer fraglichen Thatsache haben würde. Daraus folgt ferner: zu einem gegenwärtigen Interesse genügt nicht, daß man früher einmal einen Vortheil von einer Thatsache gehabt hätte, und umgekehrt: man hört nicht auf, früher einmal ein Interesse gehabt zu haben, wenn man auch gegenwärtig Nichts mehr durch eine Thatsache haben würde.

In diesem ihrem wahren Zusammenhange sind zunächst einige Fälle zu behandeln, die bereits oben in anderer Beziehung Erwähnung gefunden haben.

Wer einen bereits tödtlich verwundeten Sclaven vollends tödtet, oder einen Sclaven deteriorirt, welcher nachher durch ein zufälliges Ereigniß untergeht, haftet, obwohl das Interesse des Klägers nach allgemeiner Betrachtung fortfällt, dennoch

140) Mommsen S. 199 flgde. verkennt dies, indem er auf diese positiven Zeitbestimmungen eingeht.

141) S. darüber unten §. 14. nr. b.

mit der actio legis Aquiliae, weil es hier nicht darauf ankommt, was der Kläger gegenwärtig, sondern was er in dem Zeitpunkte gehabt hätte, wo die Sache innerhalb des letzten Jahres, resp. Monats, vor der Begehung des Delicts den höchsten Werth erreichte[142].

Ebenso bleibt nur dieser frühere Zeitpunkt maßgebend, wenn auch der Eigenthümer nach der Begehung des Delicts ein weit höheres Interesse, als irgend vorher, an der Erhaltung des Sclaven haben sollte, z. B. wenn diesem eine deferirte Erbschaft angefallen wäre, wenn man ihn nicht vor dem Tode des Erblassers getödtet hätte. Die entzogene Erbschaft kam hier nicht in Anschlag[143].

Ebenso entschied bei der Entschädigungsklage gegen die Argentarien wegen verweigerter Edition der Rechnungen die Zeit, wo der Prätor dem Beklagten die Edition aufgab, sollte auch das Interesse des Klägers sich später erhöht oder verringert haben[144].

Ein anderes Beispiel bilden die cautio judicio sisti und die Stipulationen wegen Abwesenheit von Mängeln.

Es wird ausdrücklich bemerkt, daß bei der ersteren für das Interesse ausschließlich die Zeit, wo die Gestellung vor Gericht erfolgen sollte, maßgebend ist, mag später ein Interesse des Klägers noch begründet sein oder nicht. Wenn jedoch die Klage nur dem gegeben wurde, dem persönlich die Hauptklage zustand, so beruht, wenn die Klage mit dem Erlöschen der berechtigten oder verpflichteten Person versagt wurde, dies nicht auf einem Wegfall des Interesse, sondern auf dem Wegfall des activen oder passiven Klagerechts in der Hauptsache selbst („quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur“)[145].

142) l. 11. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9, 2. cfr. l. 51. D. eod.; l. 27. §. 2. D. de R. V. 6. 1. l. 36. §. 3. D. de H. P. 5, 3.

143) l. 23. §. 2. D. ad leg. Aq. 9, 2.

144) l. 6. §. 4. D. de edend. 2, 13.

145) l. 12. §. 1. l. 15. l. 10. §. 2. D. si quis caut. 2, 11.

Für den Einfluß der Zeit des Interesse auf die Stipulationen wegen Abwesenheit von Mängeln ist besonders wichtig die l. 16. §. 2. D. de evict. 21, 2.:

Si servus, cujus nomine duplam stipulati sumus, evictus fuerit a nobis, ob id, quod fugitivus vel sanus non fuerit: an agere nihilominus possumus, quaeritur? Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, cum meus factus non esset, an tum, cum meus factus esset. in eo enim casu, quo meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est. et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione, nec morte, nec manumissione, nec fuga servi, nec ulla simili causa amitti. at si in bonis meis factus non sit, nihil ob id, quod fugitivus sit, pauperior sim: utpote in bonis meis non sit. Quodsi sanum esse, erronem non esse, stipulatus essem, tantum mea interesse, quantum ad praesentem usum pertineret, tametsi in obscuro esset, utpote ignorantibus nobis, quamdiu eum habiturus essem et an futurum esset, ut eum quisquam aut a me aut ab eo, cui vendidissem, cuive similiter promisissem, evinceret. summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse.

Wenn die gekaufte Sache evincirt wird, ist es anscheinend für den Käufer gleichgültig, ob der Sclav von den fraglichen Mängeln frei war oder nicht, da er ihn doch nicht mehr haben würde. Dies schließt aber nicht aus, daß er vor der Eviction ein Interesse hatte. Wenn ihm der Sclav tradirt war, so hätte er ihn bis zur Eviction, wenn er von den Mängeln frei gewesen wäre, ausbeuten und nutzen können und wäre der Ertrag davon in sein Vermögen gelangt[146],

146) Als bonae fidei possessor braucht er den bis zur Litiscon-

wogegen der Sclav, mit den Mängeln behaftet, völlig nutzlos und unbrauchbar war. Der Käufer hat also schon sofort mit der Uebergabe ein Interesse an der gehörigen Beschaffenheit des Sclaven, und wird daher bei dem Fehlen derselben die Stipulation sofort verwirkt. Die dadurch einmal begründete Klage wird auch durch spätere Ereignisse, wie Eviction oder Tod des Sclaven, nicht aufgehoben.

Es fragt sich nur, worauf die Klage geht. Denn da keine feste Summe, wie bei der Poenalstipulation, bestimmt ist, kann der Gegenstand der Klage nur aus dem wirklichen Betrage des Interesse an den Diensten des Sclaven gefunden werden. In dieser Beziehung ist es zwar ungewiß, wie lange der Käufer den Sclaven behalten wird und ob dieser von dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger, welchem vielleicht ebenfalls die Abwesenheit der fraglichen Mängel versprochen ist, evincirt werden wird. Allein dies hindert nicht, daß der Käufer Alles das aus der Stipulation verlangen kann, was er seit der Tradition bis zur Anstellung des Evictionsprocesses durch die Dienste des Sclaven erworben hätte. Sein insoweit einmal begründetes Interesse hört nicht auf, wenn er auch für die spätere Zeit, von der Zeit der Eviction an, kein Interesse mehr daran hat, daß der Sclav die gehörige Beschaffenheit habe. Zu diesem Resultate kommt auch Proculus am Ende der Stelle: ut tantum consequar, quanti mea intersit aut post stipulationem interfuerit, eum servum fugitivum non esse.

In mehr als einer Beziehung ist die Stelle von Mommsen S. 206—208 mißverstanden worden. Die Stelle läßt nicht, wie er annimmt, ohne alle Rücksicht auf den späteren Wegfall des Interesse die Klage aus der Stipulation zu; im Gegentheil läßt sie diese nur insoweit zu, als das Interesse wirklich begründet und auch durch das spätere Ereigniß nicht

testation aus den Diensten des Sclaven gemachten Erwerb nicht herauszugeben. s. Savigny, System VI. S. 104. 107.

beseitigt ist. Die Anwendung des für Poenalstipulationen geltenden Satzes: semel commissa stipulatio resolvi non potest, hat auf die Stipulationen wegen Abwesenheit von Mängeln keinen Sinn, da diese nicht, wie jene, eine festbestimmte Summe als Strafe enthalten, sondern ihr Inhalt erst aus dem wahren Interesse gefunden werden muß.

Die Stelle unterscheidet auch nicht, wie Mommsen meint, ob der Sclav zur Zeit der Eviction bereits in das Eigenthum des Käufers — durch Usucapion während des Evictionsprocesses — übergegangen war oder nicht. Das in bonis esse deutet gar nicht auf einen Eigenthumserwerb, sondern auf die geschehene Uebergabe, durch welche erst der Käufer in den Stand gesetzt wird, die Sache zu nutzen, und mit welcher erst, im Falle des Mangels der gehörigen Beschaffenheit, die Stipulation verwirkt werden kann. Die Eviction aber kann auch ohne vorhergegangene Tradition stattfinden, wie im §. 1. der l. 16. cit. angedeutet wird („si possessor ab emptore conventus absolutus est"). Es wäre auch gar nicht abzusehen, was auf den Eigenthumserwerb durch Usucapion während des Evictionsprocesses ankommen sollte, da das Interesse des Käufers sich auf die Dienste und Nutzungen des Sclaven concentrirt. Die Worte: quanto ob id deterior (servus) est beziehen sich auf den geringeren Werth des Sclaven wegen der mangelnden Dienste.

Mommsen erkennt daher auch nicht die Bedeutung der Schlußworte der Stelle, den eigentlichen Kern der ganzen Auseinandersetzung des Proculus, und sieht sich zur Erklärung derselben genöthigt, zu dem beliebten Universalmittel: „dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten" zu greifen.

Die oben gegebene Auslegung der l. 16. §. 2. cit. wird auch auf das Ueberzeugendste durch die l. 44. §. 2. D. de aed. edict. 21, 1. bestätigt:

> In redhibitoria vel aestimatoria potest dubitari, an, qui alienum servum vendidit, et ob evictionem et

propter morbum forte vel fugam simul teneri potest. nam potest dici, nihil interesse emptoris, sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit. Sed interfuit emptoris, sanum possedisse propter operas, neque ex postfacto decrescit obligatio. statim enim, ut servus traditus est, committitur stipulatio, quanti interest emptoris.

Diese Stelle faßt den Inhalt der l. 16. §. 2. cit. kürzer zusammen. Beide concentriren das Interesse des Käufers auf den Nutzen aus den Diensten des Sclaven, beide setzen die Tradition der Sache zur Verwirkung der Stipulation voraus, und nach beiden bildet das wirklich begründete, auch durch das spätere Ereigniß nicht tangirte Interesse den Gegenstand der Klage. Das statim ut servus traditus est, committitur stipulatio, quanti interest emptoris entspricht durchaus dem: in eo casu, quo meus factus est, statim mea interest, quanto ob id deterior est in der l. 16. §. 2. cit.

Die l. 44. §. 2. deutet überdies an, daß der Käufer, neben der Klage wegen Eviction, wie aus der Stipulation wegen Abwesenheit von Mängeln, so auch mit der actio redhibitoria oder aestimatoria klagen kann. Diese beiden Klagen beruhen ja, wie die aus der Stipulation, wesentlich auf demselben Grunde: auf der Fehlerhaftigkeit der Sache; sie verfolgen denselben Zweck, nur in verschiedenen, dem Bedürfnisse des Käufers entsprechenden Formen. Der Inhalt dieser Klagen wird durch die Klage wegen Eviction keineswegs absorbirt. Durch diese letztere erhält der Käufer noch nicht den verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises, den er wegen der Mängel der Sache zurückverlangen kann. Wie sollte es auch einen Unterschied machen, daß der Käufer zuerst die Minderungsklage anstellt und hernach evincirt wird, oder zuerst evincirt und hernach auf Preisminderung geklagt wird.

Ebenso bleibt die redhibitoria trotz der Klage wegen Eviction bestehen. Die redhibitoria bezweckt eine möglichst vollständige Ausgleichung unter beiden Theilen und soll auf

beiden Seiten sowohl in der Hauptsache als in Ansehung der Nebenpunkte Alles in den Stand setzen, wie wenn das Geschäft nicht abgeschlossen wäre. Dem entspricht es, daß der Käufer wegen der Fehlerhaftigkeit der Sache soviel vom Kaufpreise nebst Zinsen zurückerhält, als er nicht durch die Evictionssumme erhält. Diesen Ersatz erhält er durch die redhibitoria neben der Entschädigung für die Eviction der Sache selbst. cfr. l. 29. §. 2. 3. l. 30. D. de aed. ed. 21, 1.

Ebenso betraf die stipulatio duplae nur die Eviction, nicht aber den sonst dem Käufer zukommenden Ersatz.

Demnach ist es mehr als gewagt, wenn Mommsen S. 208 behauptet: „es sei geradezu unmöglich, daß irgend ein römischer Jurist neben der Klage wegen Eviction dem Käufer die actio redhibitoria zugestanden haben sollte."

Der Grund, daß die eine Klage auf Aufhebung des Contractes gerichtet sei, die andere dagegen die „fortdauernde Gültigkeit" desselben voraussetze, ist hinfällig. Denn der Kauf wird durch Anstellung der redhibitoria nicht ungültig. Im Gegentheil ist die Gültigkeit desselben für die redhibitoria, wie für jede andere Klage aus dem Kaufe, eine nothwendige Voraussetzung. Die redhibitoria läßt den Kauf selbst unberührt — er ist ja ihr eigenes Fundament — sie macht nur die Folgen desselben rückgängig[147].

Es hindert also durchaus Nichts, daß neben der actio ex empto wegen Eviction oder der Klage aus der stipulatio duplae die redhibitoria und die actio quanti minoris sowie die Klage aus einer etwaigen Stipulation wegen Abwesenheit von Mängeln zulässig ist.

Von geringer Bedeutung ist der Ort des Interesse. Desto häufiger wird er mit dem Interesse des Orts ver-

147) Redhibitionem quoque contineri empti judicio et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus, l. 11. §. 3. D. de A. E. V. 19, 1.

wechselt[148]. Er bedeutet das, was man hièr haben würde, wenn Etwas geschähe oder nicht geschähe. Analog läßt sich die für den Sachwerth gegebene Vorschrift der l. 63. §. 2. D. ad legem Falc. 35, 2. anwenden:

> Nonnullam pretio varietatem loca temporaque adferunt. nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur, nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea, quae raro accidat, caritate pretia constituantur.

Die Entwickelung des Interesse in seinen einzelnen Momenten, wie sie vorstehend gegeben ist, läßt nur noch deutlicher die tiefere Bedeutung desselben für das Recht erkennen.

Das Obligationenrecht hat hinsichtlich des Inhalts der Obligation nur ein Erforderniß: das Vermögensinteresse. Die Obligation darf Nichts Unmögliches enthalten, weder physisch noch rechtlich. Denn es ist kein Interesse an Unmöglichem. Sie darf ferner Nichts Unerlaubtes enthalten, weder sittlich noch rechtlich. Sie muß endlich einen Vermögenswerth haben, denn dieser ist der nothwendige Gegenstand des Interesse.

Mit dem Wegfall des Interesse fällt auch die Obligation. Wird die Leistung unmöglich, geht der Gegenstand unter, wird das Subject vernichtet, so erlischt die Obligation. Wird das Unmögliche möglich, findet sich der Gegenstand ein, so entsteht die Obligation.

Von unvollkommener Wirkung ist das Affectionsinteresse. Doch steht es noch auf dem Boden des Rechts.

Die idealen Interessen aber stehen über dem Rechte. Sie sind die ewig bildenden Motive des Rechts.

---

148) S. z. B. Mommsen S. 211. Die act. arbitr. de eo quod certo loco betraf lediglich das Ortsinteresse.

§. 14.

IV. Umfang des Interesse.

Der Umfang des Interesse ist eine Thatfrage, welche sich nach den aus dem Wesen des Interesse entwickelten Grundsätzen beantwortet, und mithin lediglich der richterlichen Beurtheilung anheimfällt. Dennoch ist eine theoretische Beleuchtung der den Umfang des Interesse hauptsächlich bestimmenden Momente zur Erklärung einiger Stellen nothwendig, die gerade zu den streitigsten in der ganzen Lehre vom Interesse gehören.

Thatsächlich bestimmend für den Umfang des Interesse ist vor Allem

1. die Natur und Beschaffenheit der Thatsache, durch welche das Interesse bedingt wird,
2. die Beschaffenheit der Wirkungen, welche sie ausübt, und
3. die Beschaffenheit des Vermögens, auf das sie einwirkt.

1. Die eigenthümliche Beziehung der einzelnen Vermögensstücke untereinander, in der vielleicht ein Schaden viele andere Nachtheile nach sich zieht, kann dem Interesse eine Ausdehnung geben, die es unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht angenommen hätte.

2. Die Wirkung einer Thatsache ferner kann dergestalt ausfallen, daß Gewinn und Verlust miteinander verbunden sind.

Das Interesse besteht hier in dem Gewinne nach Abzug des Verlustes: neque lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto, l. 30. D. pro socio 17, 2.

Dies bedarf keiner weiteren Ausführung.

Man würde aber sehr irren, wenn man damit die Streitfrage Betreffs der sog. compensatio damni cum lucro entschieden zu haben glaubte![149]

149) Wie z. B. Mommsen S. 193, vgl. dazu Windscheid a. a. O. S. 548.

Diese Compensation des Gewinns mit dem Schaden setzt einen für sich bestehenden Schaden und einen für sich bestehenden Gewinn voraus. Wenn aber Gewinn und Schaden Folge ein und derselben Thatsache sind, so kann daraus in Wahrheit entweder nur das Eine oder das Andere resultiren. Uebersteigt der Gewinn den Schaden, so existirt nur Gewinn; übersteigt der Schaden den Gewinn, so existirt nur Schaden; von einer Compensation kann nicht die Rede sein, da es in dem einen, wie in dem anderen Falle an einem nothwendigen Factor der Compensation fehlt, — an dem Objecte, mit dem compensirt werden könnte.

Die sog. compensatio lucri cum damno betrifft die Frage, ob der Gewinn, den Jemand verschafft, mit dem Schaden, den er angerichtet hat, zusammengerechnet oder der Schaden ohne Rücksicht auf den anderweit verschafften Gewinn dem vollen Umfange nach ersetzt werden muß?

Folgende Stellen erklären die Compensation für unzulässig:

l. 23. §. 1. D. pro socio 17, 2. (Ulpian.)

Idem (Pomponius) quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat? Et ait compensandum. quod non est verum. nam et Marcellus libro VI. digestorum scribit, si servus unius ex sociis, societati a domino praepositus, negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestiturum: nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno. et ita Divum Marcum pronuntiasse, nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.

l. 25. D. eod. (Paulus):

Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia ejus periisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset. et hoc ex appellatione Imperator pronuntiavit.

l. 26. D. eod. (Ulpian.):

Et ideo si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset: non compensatur compendium cum negligentia, ut Marcellus libro VI. digest. scripsit.

Das Princip wird also auf das deutlichste ausgesprochen. Dem widerstreitet die l. 11. D. de negot. gest. 3, 5. (Pomponius):

Si negotia absentis et ignorantis geras: et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem. quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

Man kann diese Stelle mit den zuerst angeführten nicht in der Art vereinigen, daß man sie auf einen Fall, wo Gewinn und Schaden aus demselben Geschäfte hervorgegangen sind, die übrigen Stellen dagegen auf verschiedene Geschäfte bezieht[150]. Denn im ersteren Falle wäre eine Compensation vorweg undenkbar, da bei dem Ueberwiegen des Gewinnes gar kein Schaden und beim Ueberwiegen des Schadens wieder kein Gewinn vorhanden wäre. Ueberdies deutet der Wortlaut: in quibusdam lucrum, in quibusdam damnum auf eine Reihe verschiedener Geschäfte, wie das: in plerisque aliis in den l. l. 25. 26. cit. Und der Entscheidungsgrund der l. 23. §. 1. „non posse dici socio: abstine commodo, si damnum petis“ läßt sich eher auf ein materielles Rechtsprincip, als auf eine logische Folgerung aus der Causalität

150) So vereinigt — nach Huber's, Eunom. Rom. p. 623, Vorgang — Mommsen S. 193. 195.

der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache schließen. Denn daß der Gewinn von dem Schaden aus einem und demselben Geschäfte in Abzug zu bringen, konnte unter den Römischen Juristen füglich nicht zweifelhaft sein. l. 30. pr. D. pro soc. 17, 2.

Die Unterscheidung zwischen einem casuellen und einem culposen Schaden kann ebensowenig den Widerspruch der Stellen lösen[151]. Denn ist ein casueller Schaden einmal zu ersetzen, so steht er der culpa völlig gleich.

Deßhalb ist es aber noch nicht gerechtfertigt, wegen der widersprechenden Stelle eine Antinomie anzunehmen[152].

Zwar kann sich der negotiorum gestor, ebensowenig wie der Socius, wenn er sich einer Nachlässigkeit schuldig macht, darauf berufen, daß er in anderen Stücken durch seine Umsicht Vortheil gebracht. Denn er erfüllte damit nur eine ihm obliegende Verbindlichkeit. Wenn er die Erhaltung eines Vermögensstückes versäumt hat, kann er sich offenbar nicht damit entschuldigen, daß durch ihn ein anderes, vielleicht sogar bedeutenderes, Vermögensstück gerettet worden, oder, falls die negot. gestio in der Fortführung eines von dem absens betriebenen Handels besteht, daß er in vielen Fällen durch den vortheilhaften Umsatz der Waaren Gewinn erzielt und nur einigemal aus Versehen Etwas zu billig verkauft habe. Es steht ihm derselbe Grundsatz, wie dem Socius entgegen: die frühere Sorgfalt giebt dir kein Recht, später nachlässig zu verfahren. l. 25. D. cit.

Dies gilt aber nur soweit, als es die Verbindlichkeiten betrifft, die dem negotiorum gestor als solchen obliegen. Geht dagegen dieser über das Maß der Thätigkeit, welche ihm nach der Natur der negotiorum gestio obliegt, hinaus, so thut er dies zwar auf seine Gefahr: er ist zunächst für

---

151) Diese Lösung versucht Fritz, Erläut. III. S. 72.

152) So besonders Cujac. ad l. 42. de act. empti vend. (V. p. 918).

allen daraus entstehenden Schaden verantwortlich und haftet sogar für den Zufall. Andererseits aber läßt sich nicht sagen, daß er in Betreff des Gewinnes, den er etwa erzielte, nur eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllte. Denn dieser Gewinn beruht nicht sowohl auf einer Erfüllung der ihm aus der negotiorum gestio obliegenden Pflichten, als vielmehr auf einer Ueberschreitung derselben.

Wie nun hier die Gefahr des negot. gestor eine erhöhte ist, indem er sogar für casus haftet, so ist es auch Recht, daß bei theilweisem Gewinne und theilweisem Schaden eine Compensation eintrete. Es ist genug, daß der absens aus der Operation nicht nur keinen Schaden nimmt, sondern, falls der Gewinn den Verlust übersteigt, sogar noch den Ueberschuß lucrirt, der ihm bei einer gewöhnlichen Geschäftsführung, auf welche er ja nur Anspruch machen konnte, gar nicht zugefallen wäre.

Es wäre unbillig, daß der, der es auf sein Risico unternimmt, einem Anderen, ohne dazu verpflichtet zu sein, Vortheil zu verschaffen, selber Schaden leiden soll, während der Andere den reinen Gewinn zieht, den er lediglich dem Eifer des Ersteren verdankt, und sich so gewissermaßen mit dem Schaden desselben bereichert.

Durch die Compensation des Gewinns mit dem Schaden geschieht ihm kein Unrecht, da er nur eine gewöhnliche Geschäftsführung erwarten durfte, bei dieser ihm aber der Gewinn nicht zugefallen wäre.

Zur negot. gestio tritt gewissermaßen ein neuer Quasicontract hinzu, demzufolge der negot. gestor für allen Schaden aufkommt, der nicht durch den Gewinn gedeckt wird[153].

153) Man verstehe dies jedoch nicht dahin: als wenn wirklich damit eine besondere neue Figur des Quasicontracts aufgestellt werden sollte, und der absens zur Geltendmachung seiner Ansprüche eine andere Klage, als aus der negotiorum gestio hätte. Denn es handelt sich nur um eine Erweiterung des Rechtsverhältnisses der letzteren.

In der dargelegten Art ist offenbar das Fragment des Pomponius im Zusammenhange mit dem in den ersterwähnten Stellen ausgesprochenen Princip aufzufassen. Nur in den Fällen, welche über die Grenzen der negot. gestio hinausgehen, greift eine compensatio lucri cum damno Platz. Nach der später verworfenen Ansicht des Pomponius freilich wäre nach den in der l. 23. §. 1. D. cit. gegebenen Andeutungen eine Compensation zuzulassen, auch wenn die Geschäftsführung sich innerhalb der vorgeschriebenen Grenzen gehalten hätte. Allein der später von den Römischen Juristen angenommene Grundsatz: eine frühere Sorgfalt beschönige eine spätere Nachlässigkeit nicht — l. 25. cit. — paßt ebensowohl auf die Societät als die negotiorum gestio, soweit nur über diese nicht hinausgegangen wird.

In diesem Sinne kann man daher der Meinung derjenigen Rechtslehrer beitreten, welche unterscheiden[154], ob die Handlung, durch welche der Gewinn gemacht wurde, freiwillig oder nur pflichtmäßig war. Denn in der That ist es freiwillig und liegt nicht in den Pflichten des negot. gestor, daß er von der hergebrachten Verwaltungsweise abweiche und auf eigene Gefahr dem absens Vortheile verschaffe, auf welche dieser bei einer regelmäßigen Geschäftsführung kein Recht hatte[155].

Eine andere Stelle, die hieher gezogen wird, die l. 24. §. 4. D. locati 19, 2., macht keine Schwierigkeit. Wenn einem Pachter die Benutzung des Pachtgrundstücks verwehrt wird, und er sich nun eine andere Pacht sucht, so kann ihm der Gewinn aus der zweiten Pacht von dem Gewinne,

154) v. Vangerow, Pand. §. 571. Anm. 1.

155) Der Gegengrund Mommsen's S. 196 Anm. 4: „die negot. gestio selbst sei zwar zunächst freiwillig; sowie sie aber einmal übernommen sei, höre die Freiwilligkeit auf" — trifft nicht zu, da die Unternehmung des neuen Geschäfts gar nicht zu den Pflichten des negot. gestor gehört, sondern, wie Mommsen selbst anerkennt, über diese Pflichten hinausgeht.

den er durch die erste Pacht hätte erlangen können, nicht in Abzug gebracht werden. Zwar, wenn er nicht die Mittel hatte, beide Pachtungen nebeneinander auszuüben, hätte er ohne das Aufgeben der ersten Pacht nicht eine zweite übernehmen können. Aber den Gewinn aus der letzteren hat er doch nur erst in Folge der Uebernahme derselben; hat er ihn auch nicht ohne die Aufgabe der ersteren, so hat er ihn doch nicht durch dieselbe, ebensowenig wie es als eine Folge derselben anzusehen wäre, wenn er aus der zweiten Pacht einen Schaden erlitten hätte.

Die Uebernahme der zweiten Pacht war ganz beliebig; auch wenn er sie nicht übernommen hätte, hätte ihm das volle Interesse aus der ersteren geleistet werden müssen. Dieses kann ihm also nicht geschmälert werden, wenn er nun eine zweite angetreten hat. Das Aufgeben der ersten Pacht machte den Gewinn aus der zweiten nur möglich, bewirkte ihn aber noch nicht[156].

3. Von bestimmendem Einflusse für den Umfang des Interesse ist endlich die Natur und Beschaffenheit der Thatsache, an welche das Interesse geknüpft ist. In der Verschiedenheit dieser Thatsache kann es liegen, daß Vortheile, die in einem Falle zum Interesse gehören, in einem anderen Falle davon ausgeschlossen werden müssen.

Die Verschiedenheit des Inhalts einer Leistung hat eben eine Verschiedenheit ihres Umfanges zur Folge.

Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich nun sehr leicht diejenigen Stellen, welche hauptsächlich die Controverse über das sog. directe und indirecte Interesse veranlaßt haben.

a. Wir behandeln zunächst die l. 13. pr. §. 1. 2. D. de act. empti venditi, 19, 1. und die l. 45. D. de contr. empt. 18, 1. Die erstere lautet:

Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens

156) A. M. Mommsen S. 198. Er verwechselt die causa sine qua non mit der causa efficiens.

quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto. ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestiturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestiturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonee venisse, erit praestandum.

§. 1. Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi; si vero ignorans vendiderit: circa fugitivum quidem tenetur, quanto minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur. differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.

§. 2. Quod autem diximus, quanti emptoris interfuit non decipi, multa continet, et si alios secum sollicitavit, ut fugerent vel res quasdam abstulit.

(l. 13. pr. §. 1. 2. cit. Ulp. lib. 32. ad Ed.)

Die Stelle bezieht sich auf einen Fall, wo eine *fehlerhafte Sache verkauft* ist.

War dem Verkäufer der Fehler *unbekannt*, so hat er dem Käufer nur einen verhältnißmäßigen Theil zurückzuzahlen: nämlich soviel, als der Käufer mit Rücksicht auf den Fehler weniger gegeben hätte.

Kannte er dagegen den Fehler, und hatte er ihn dennoch dem Käufer verschwiegen, so muß er das Interesse leisten, was dieser daran hatte, bei dem Abschlusse des Kaufes auf den Fehler gehörig aufmerksam gemacht und nicht hintergangen zu sein (quanti emptoris interfuit, non decipi oder idonee venisse). Dieses Interesse umfaßt allen

durch die Täuschung veranlaßten Schaden, und ist die Leistung des Verkäufers nicht, wie im ersten Falle, auf Zurückzahlung eines Theils des Kaufpreises beschränkt.

Daraus folgt aber noch nicht, daß es sich in dem einen Falle um ein beschränktes, in dem anderen um ein weiteres Interesse handelt. Der Unterschied ist vielmehr der, daß in dem einen Falle überhaupt kein Interesse, sondern nur ein Theil des Kaufpreises geleistet wird.

Von einem beschränkten Interesse könnte erst die Rede sein, wenn es sich in beiden Fällen um ein Interesse und zwar um ein Interesse des Käufers, nicht hintergangen zu sein, handelte, und zu diesem Interesse in dem einen Falle Etwas gerechnet würde, was in dem anderen davon ausgeschlossen wird. Da aber die Leistung des Verkäufers in beiden Fällen eine ganz verschiedene ist, hat auch die Verschiedenheit des Umfangs Nichts Auffallendes.

Die Worte idonee venisse aber gehen nicht etwa auf die gehörige Beschaffenheit der Sache, sondern, wie aus dem Zusammenhange der Stelle unzweideutig hervorgeht, darauf, daß der Verkäufer bei dem Abschlusse des Geschäfts mit der gehörigen Redlichkeit zu Werke gegangen wäre. Sie bedeuten ganz dasselbe, als das quod interfuit emptoris, non decipi.

Der Grund der Klage ist eben die Unredlichkeit des Verkäufers; diese besteht aber nicht sowohl darin, daß er die Sache mit dem Fehler geliefert hat, als darin, daß er um den Fehler wußte und ihn dennoch dem Käufer verheimlichte.

Die Zurückzahlung eines Theils vom Kaufpreise aber kann nicht als ein Interesse angesehen werden, und am wenigsten als das Interesse, was der Käufer daran hatte, daß ihm der Fehler bekannt gemacht worden wäre.

Es ist Nichts unrichtiger, als wenn gleichwohl Mommsen a. a. O. S. 281 Beides identificirt.

Was der Käufer im Falle der bloßen Unwissenheit des Verkäufers erhält, ist nicht schon Alles das, was er gehabt

hätte, wenn ihm der Fehler bekannt gemacht worden wäre, sondern nur das, was er in diesem Falle an Kaufgeld weniger bezahlt hätte.

Das Interesse, daß ihm der Fehler bekannt gemacht worden wäre, umfaßt aber gerade den Schaden, den der Verkäufer im Falle der scientia zu leisten hat; es ist eben das Interesse an dem non decipi. Denn wäre der Käufer mit dem Fehler bekannt gemacht worden, so würde er der Sache nicht eine Verwendung gegeben haben, in der sie schaden konnte, nicht also z. B. mit dem schadhaften Balken ein Haus gestützt oder das kranke Thier mit seinen übrigen Thieren zusammengebracht haben! quod diximus, quanti emptoris interfuit, non decipi, multa continet! Es enthält mehr, als einen bloßen Theil des Kaufpreises!

Nach Mommsen's Ansicht müßte also dem Käufer im Falle der bloßen Unwissenheit des Verkäufers dasselbe geleistet werden, als im Falle der scientia. Denn der Umstand, auf den Mommsen das angebliche Interesse des Käufers im Falle der Unwissenheit des Verkäufers gründet: daß der Verkäufer wissentlich die Anzeige des Fehlers unterlassen, ist eben der Grund, auf dem das Interesse des Käufers im Falle der scientia beruht.

Irrig ist es, wenn Mommsen das quod interfuit idonee venisse auf die gehörige Beschaffenheit der Sache bezieht und nicht auf das gehörige redliche Verhalten des Verkäufers beim Abschlusse des Geschäftes. Der Kauf selbst, nicht bloß die Leistung soll gehörig sein[157].

Die Streitfrage endlich, ob die Klage des Käufers im

157) Mommsen S. 281: „im ersteren Falle (Fall der Unwissenheit des Verkäufers) besteht die zum Ersatze verpflichtende Thatsache darin, daß der Verkäufer die Anzeige des Mangels unterlassen hat, in dem letzteren Falle (Fall der scientia) darin, daß der Verkäufer die Sache nicht ohne den Mangel geliefert hat (quod interfuit, idonee venisse)“. Der Unterscheidung zwischen scientia und ignorantia wird dadurch gerade die Spitze abgebrochen.

Falle der Unwissenheit des Verkäufers auf einen objectiv zu ermittelnden verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises, wie bei der ädilicischen actio quanto minoris, oder auf das gehe, was der Käufer subjectiv weniger gezahlt hätte, wenn er die wahre Beschaffenheit der Sache gekannt hätte, ist für unsere Frage völlig gleichgültig, da es sich in beiden Fällen nicht um ein Interesse, sondern immer nur um einen gewissen, nur verschieden bestimmten, Theil des Kaufpreises handeln würde[158]. Das Richtige ist unzweifelhaft die letztere Auffassung. Wie der Zusammenhang der Stelle und des ganzen Titels lehrt, handelt es sich darum, nicht die Wirkungen der ädilicischen Klagen, sondern die der actio ex empto zu entwickeln. Diese letztere ist selbständig von dem ädilicischen Edicte aufzufassen, wie auch beide in der l. 4. §. 4. D. de Aed. Ed. 21, 1. gegenübergestellt werden. Hinfällig ist die Opposition von Mommsen S. 282 Note 9. hiegegen. Die l. 25. §. 1. D. de exc. rei jud. 44, 2. bestätigt gerade, daß für die ädilicische Klage der objective Maßstab galt („quanti minoris homo, cum veniret fuerit").

Die sonstigen Bestimmungen der l. 13. cit. sind für unsere Frage ebenfalls ohne alle Bedeutung.

Einen analogen Fall bietet die Verpachtung einer schädlichen Waide: si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur .... si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti. si ignorasti, pensionem non petes. et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit. l. 19. §. 1. D. locati 19, 2.

Der Verpachter ist, ähnlich wie der Verkäufer, wenn er die Schädlichkeit der Sache kannte, zum Ersatze des ganzen daraus entstandenen Schadens, im Falle der Unkenntniß dagegen nur zu einer Reduction, resp. Erlaß des Pachtgeldes verpflichtet.

158) S. darüber: Herrmann, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. VIII. S. 109 flgde. A. M. H. Keller, in Sell's Jahrb. III. Nr. 4. v. Vangerow, Pand. III. §. 609.

Die l. 45. D. de contrahenda emptione 18, 1. (Marcian. lib. 4. Reg.) lautet folgendermaßen:

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri; si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet.

Diese Stelle betrifft den Fall einer ausdrücklich vorbedungenen oder zugesicherten Eigenschaft der verkauften Sache, wie besonders aus den Worten „aurum, quod vendidit" hervorgeht[159].

Die einzige Schwierigkeit, welche sie bietet, entsteht durch die Worte: si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit.

Man bezieht die Worte: ipsius rei nomine teneri allgemein auf eine verhältnißmäßige Reduction des Kaufpreises. Danach würde aber entgegen anderen unzweifelhaften Quellenaussprüchen anzunehmen sein, daß die Stelle im Falle der Unkenntniß des Verkäufers das Erfüllungsinteresse an der Eigenschaft versagte, obwohl diese ausdrücklich vorbedungen war.

Daher greift Mommsen a. a. O. S. 284, 285 Note 10. zu dem Auskunftsmittel, die Worte: quam sententiam bis quod ex eo contingit als eine Interpolation der Compilatoren zu erklären, bei welcher diese übersehen hätten, daß es sich in der Stelle um eine ausdrücklich vorbedungene Eigenschaft handle.

159) S. Savigny, System III. §. 137. Note 5. und Mommsen I. S. 204. Ohne Grund bezweifelt dies Windscheid, Voraussetzung S. 117.

Aber weder bedarf es dieser Auskunft, noch hat man die Worte: ipsius rei nomine teneri richtig bezogen!

Zunächst kann der Käufer überhaupt nur unter der Voraussetzung ein Interesse fordern, wenn ihm das Fehlen der Eigenschaft nicht schon von vornherein bei Eingehung des Contractes bekannt war. Das Vorbedingen der Eigenschaft hat sonst keinen Sinn mehr.

Dies besagt der Eingang der Stelle: ita emptori praestandum, quod interest, si ignorans interpola emerit.

Dies vorausgesetzt, bestimmt sich das Weitere nach dem Wissen oder Nichtwissen des Verkäufers.

Wußte der Verkäufer, daß die Eigenschaft fehlte und sicherte er sie dennoch dem Käufer als vorhanden zu, so haftet er für allen diesem dadurch entstehenden Schaden.

Befand er sich dagegen selber in Unwissenheit, so haftet er nur ipsius rei nomine, d. h. er muß die Sache in der Eigenschaft leisten, in der er sie verkauft hat: ut id quod vendidit praestet.

Durch das Beispiel am Schlusse der Stelle finden die Worte ipsius rei nomine ihre vollste Erklärung: si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet!

Die Eigenschaft, die er verkauft hat, muß er leisten, eventuell das Interesse daran. Dieses Interesse ist ein anderes, als was der Käufer daran hat, daß der Verkäufer ihn über das Vorhandensein der bedungenen Eigenschaft nicht getäuscht hätte. Dieses letztere begreift allen durch die falsche Zusicherung entstandenen Schaden, insbesondere also den Schaden, den der Käufer durch gewisse Dispositionen erleidet, welche er nicht vorgenommen hätte, wenn er das Fehlen der Eigenschaft gekannt hätte, z. B. wenn er ohne die Zusicherung das Geschäft gar nicht abgeschlossen hätte, oder durch dieselbe veranlaßt wurde, einen anderen vortheilhaften Kauf von der Hand zu weisen, oder wenn er auf das vermeintlich goldene Gefäß Verwendungen

gemacht, die er sonst nicht gemacht hätte, oder es, mit Rücksicht auf die zugesicherte Eigenschaft, an einen Anderen unter dem Versprechen einer hohen Conventionalstrafe für den Fall, daß das Gefäß nicht von Gold wäre, verkauft hat.

Das Erfüllungsinteresse begreift dagegen nicht diese lediglich mit Rücksicht auf die falsche Zusicherung gemachten Dispositionen, sondern nur das Interesse an der Leistung der Sache in der vorbedungenen Eigenschaft. Es besteht vielleicht nur in dem Werthe der Sache, resp. der Eigenschaft[160].

So ergiebt sich ein zweifaches Interesse: nicht ein directes und indirectes Interesse, wie die ältere Theorie unwissenschaftlich annahm, sondern ein in beiden Fällen verschiedenes, durch verschiedene Thatsachen und verschiedene Voraussetzungen bedingtes Interesse: das bloße Erfüllungsinteresse an der bedungenen Sache selbst (aurum, quod veniit, praestari), und das Interesse, das auf die fälschliche Zusicherung gegründet wird (quanti emptoris interfuit, non decipi). Dieses letztere umfaßt mehr, als das erstere, da es sich auch auf die lediglich durch die falsche Zusicherung veranlaßten Schäden erstreckt[161].

Beide Fälle des Interesse sind durch den Eingang der Stelle schon allgemein angedeutet durch die Worte: emptori praestandum, quod interest, und werden in dem Folgenden näher entwickelt.

Da die fehlende Eigenschaft eine vorbedungene ist, soll sich der Käufer nicht, wie im entgegengesetzten Falle, bei Unwissenheit des Verkäufers mit einem Theile des Kaufpreises begnügen müssen, sondern das Erfüllungsinteresse fordern können.

Wußte dagegen der Verkäufer um das Fehlen der Eigenschaft, so haftet er für alle Folgen seiner falschen Zusicherung:

---

160) Deßhalb braucht man noch nicht den Sachwerth mit dem Interesse verwechseln! cfr. l. 1. pr. D. de act. empti 19, 1.

161) vgl. Savigny, System III. §. 138. not. d.

Die l. 45. versagt demnach dem Käufer bei Unwissenheit des Verkäufers das Erfüllungsinteresse an der ausdrücklich zugesagten Eigenschaft nicht. Die Worte: ipsius rei nomine teneri erklären sich von selbst aus dem Zusammenhange, und es ist Nichts willkürlicher, als sie auf einen zurückzuzahlenden Theil des Kaufpreises zu beziehen. Es ist unerfindlich, wie ein Theil des Kaufpreises als die res, wegen der der Verkäufer haften soll, angesehen werden kann. Die res ist eben die verkaufte Sache in der zugesagten Eigenschaft.

Der Unterschied zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem durch die falsche Versicherung des Verkäufers veranlaßten Schaden ist auch deutlich in der l. 6. §. 4. D. de act. empt. vend. 19, 1. (Pomp.) anerkannt:

> Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris: certam mensuram capere, certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes (Erfüllungsinteresse). sed si vas mihi vendideris, affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo n o m i n e perdiderim, praestabis mihi (durch die falsche Versicherung entstandener Schaden). si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum duntaxat praestare debere. Labeo contra putat: illud solum observandum, ut nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestare debeat. et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum, Sabinum respondisse Minicius refert.

Unverkennbar steht das ex empto tecum agam, die Leistung der bedungenen Eigenschaft, dem quod eo nomine perdiderim, dem durch die falsche Versicherung der Dichtigkeit des Gefäßes entstandenen Schaden gegenüber.

Nur sind die materiellen Voraussetzungen der Leistung des Interesse der Eigenthümlichkeit des Falles entsprechend normirt.

Zwar wenn es sich um ein bestimmtes zugesichertes Maß oder Gewicht des Gefäßes handelt, ist kein Grund, diesen

Fall anders zu behandeln, als den, wo Jemand ein ungeschliffenes Gefäß für ein geschliffenes oder ausgeflickte Kleidungsstücke für neu verkauft, da man in Gewicht und Maß mindestens ebenso leicht irren kann, als in der Eigenschaft und Qualität des Stoffes.

Eine ganz andere Beurtheilung aber muß eintreten, wenn die Zusicherung die Dichtigkeit des Gefäßes betrifft. Eine Unkenntniß in diesem Punkte ist unentschuldbar und wird mit Recht der wissentlich falschen Zusicherung gleichgestellt. Ja, es liegt in der Natur der Sache, daß der Käufer, auch ohne eine ausdrückliche Abrede, in diesem Falle von selbst das Vorhandensein der Eigenschaft voraussetzen darf. Daher haftet der Verkäufer eines undichten Gefäßes ohne Unterschied, ob er mit dem Mangel bekannt war oder nicht, für den dem Käufer aus der irrigen Voraussetzung der Dichtigkeit des Gefäßes entstandenen Schaden, mag diese ausdrücklich besprochen sein oder nicht, es sei denn, daß ausgemacht war, das Gefäß brauche nicht dicht zu sein.

Dasselbe gilt von dem Vermiethen schadhafter Fässer. l. 19. §. 1. D. loc. 19, 2.

> Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest. nec ignorantia ejus erit excusata, et ita Cassius scripsit.

Der verschiedene Umfang der Leistungen des Verkäufers in den angegebenen Fällen beruht sonach durchweg auf der verschiedenen Beschaffenheit und der verschiedenen Natur der Leistungen oder der das Interesse bedingenden Thatsachen. Das Interesse daran, daß die Sache in der bedungenen Eigenschaft geleistet werde, ist ein anderes, als das Interesse, nicht über das Vorhandensein der Eigenschaft getäuscht zu sein.

Es kommt bei diesem ganzen Punkte nur auf das negative Resultat an, daß die Quellen den Unterschied eines directen und indirecten Interesse nicht kennen.

Für dieses Resultat ist es gleichgültig, ob das ipsius

rei nomine teneri in der d. l. 45., wie oben angenommen, das Erfüllungsinteresse oder nur einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises bedeutet. Denn im ersteren Falle wäre ein wahres Interesse, im letzteren überhaupt kein Interesse, also auch kein directes Interesse vorhanden.

Es sei jedoch hier gestattet, darauf hinzuweisen, daß die obige Erklärung der l. 45. keineswegs mit den sonstigen Quellenaussprüchen über die Haftung des Verkäufers bei dem Fehlen vorbedungener Eigenschaften in Widerspruch steht.

Es widerspricht nicht die l. 13. §. 3. D. de act. empt. 19, 1.:

> Quid tamen, si ignoravit quidem (sc. venditor) furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum? et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur? Et putem, teneri. atqui ignoravit. sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare. inter hunc igitur et qui scit interest. qui scit, praemonere debuit furem esse. hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.

Trotz der Versicherung des Verkäufers, daß der Sclav gut und brauchbar, handelt es sich hier doch nicht um eine vorbedungene Eigenschaft. Es ist Etwas Anderes: Worte der Empfehlung für die verkaufte Sache zu sagen, Etwas Anderes: das Vorhandensein einer besonderen Eigenschaft zuzusichern.

> Sciendum est, quaedam et si dixerit, praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit, frugi, probum, dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestiturum se promiserit, quod dixit. Ulp. l. 19. pr. D. de Aed. Ed. 21, 1.

Wie in dieser Stelle bemerkt wird, sind gerade die Worte boni frugi, fidus u. dgl. Nichts, als Worte der Empfehlung. Es handelt sich mithin in der Stelle gar nicht um eine vor-

bedungene Eigenschaft. Der Verkäufer soll daher auch nicht die Eigenschaft leisten, sondern, wie die Worte caro vendidit andeuten, ex empto soviel vom Kaufpreise herausgeben, als der Käufer aus Veranlassung der Versicherung den Sclaven theurer bezahlt hat.

Nicht widerspricht ferner die l. 31. §. 1. D. de Aed. Ed. 21, 1.:

> Si venditor pronunciaverit vel promiserit, furem non esse, tenetur ex sua promissione, si furtum servus fecit ...

Es handelt sich in dieser Stelle nicht sowohl um eine vorbedungene Eigenschaft, als um die ausdrückliche Garantie für die Abwesenheit eines Mangels!

Der diebische Charakter des Sclaven war kein Mangel, zu dessen Anzeige das Edict der Aedilen den Verkäufer verpflichtete und wegen dessen dem Käufer die redhibitoria zugestanden hätte. Der Käufer mußte sich dafür ausdrücklich garantiren lassen, sei es mit oder ohne Stipulation. War dies aber geschehen, so haftete auch der Verkäufer nach den positiven Bestimmungen des Edicts unbedingt, und ohne Rücksicht auf sein Wissen und Nichtwissen.

> Si furtum domino servus fecerit, non est necesse, hoc in venditione servi praedicere, nec ex hac causa redhibitio fit. sed si dixerit, hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur, quod dixit promisitve.
>
> l. 52. D. de Aed. Ed. 21, 1. cfr. l. 4. §. 3. 4. D. eod. und l. 11. §. 7. D. de act. empt. vend. 19, 1.

Es entspricht auch durchaus der Natur der Sache, daß der Verkäufer bei einer ausdrücklich geleisteten Garantie dem Käufer unbedingt für allen durch den Fehler der Sache entstandenen Schaden aufkomme.

Es widerspricht endlich nicht die l. 21. §. 2. D. de act. empt. 19, 1.:

> Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse,

tamen venditor teneri debet, quanti interest (emptoris se) non esse deceptum: et si venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

Zunächst ist hier mit Savigny (Syst. III. S. 287) der Lesart der Florentina emptionem esse statt emptionem non esse der Vorzug zu geben. Ebenso nimmt Savigny (S. 289) mit Recht in der Stelle den Fall einer vorbedungenen Eigenschaft an. Windscheid (Voraussetzung S. 117) hält zwar in einem solchen Falle die Möglichkeit eines Dissenses für ausgeschlossen. Allein ein Dissens ist auch in diesem Falle wohl denkbar. Der Käufer will Citronenholz kaufen, der Verkäufer dagegen, der die wahre Beschaffenheit des Holzes kennt, will ihm nicht Citronenholz, sondern ein anderes Holz für Citronenholz verkaufen! Oder will man annehmen, daß der Verkäufer sich selbst betrügt und das andere Holz, obwohl er dessen wahre Qualität kennt, nun selbst für Citronenholz hält? Aber auch in dem Falle, wo der Verkäufer die wahre Qualität nicht kennt, ist ein Dissens denkbar. Z. B. der Verkäufer sagt nur äußerlich unbedachtsamerweise, der Tisch sei von Citronenholz; er hat aber, eben weil er nicht weiß, ob es solches oder anderes Holz ist, nicht den bestimmten Willen, gerade Citronenholz zu verkaufen, sondern nur den Willen, das Holz, wie es wirklich ist, zu verkaufen.

Die Stelle sagt nun: Wußte der Verkäufer, daß die Eigenschaft fehle, so haftet er dem Käufer für das Interesse, was dieser daran hatte, nicht über die wahre Beschaffenheit getäuscht zu sein. Er haftet aber auch, wenn er sich selber in Unwissenheit befand. Welches ist aber der Umfang dieser letzteren Haftung?

Mit Recht hat schon Windscheid S. 118 auf die Ungenauigkeit hingewiesen, mit der der in den Worten et si venditor quoque nesciat angedeutete Fall an den vorhergehenden Fall angeknüpft ist. Ueber den Umfang der Haftung des Verkäufers in dem zuletzt angedeuteten Falle sagt die Stelle Nichts, aus dem einfachen Grunde, weil, wie Savigny

a. a. O. S. 289 not. w. treffend bemerkt, „nicht jede Stelle alle bei einem Rechtsfalle denkbare Fragen erschöpfen kann.“ Die Stelle will überhaupt nur sagen, daß der Verkäufer auch im Falle des Nichtwissens hafte. Der Gegenstand der Haftung folgt aus den anderweit, und insbesondere den in der d. l. 45. ausgesprochenen Grundsätzen. Mit Recht bemerkt auch Savigny S. 289 not. w. gegen Richelmann (der Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837.), daß auch im Falle des Nichtwissens die Haftung des Verkäufers auf das (Erfüllungs-)Interesse und nicht etwa bloß auf einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises gehe.

Die erwähnten drei Stellen[162] widersprechen daher keineswegs der oben gegebenen Erklärung der d. l. 45.

Die Schwierigkeit, welche dadurch entsteht, daß das Ende der Stelle den Kauf eines messingenen Gefäßes statt eines goldenen, trotz des Irrthums in einer wesentlichen Eigenschaft, als gültig ansieht, läßt unsere Frage unberührt. Die Schwierigkeit verschwindet jedoch, wenn man mit Savigny S. 297 in der betreffenden Aeußerung ein Ueberbleibsel einer entgegengesetzten älteren Meinung sieht. Auch die Annahme Windscheid's (Heidelb. kritische Zeitschr. II. 1855 S. 124), daß der Verkäufer nicht bloß ein bestimmtes goldenes Gefäß, sondern eo ipso zugleich ein goldenes Gefäß versprochen habe und dieses Versprechen erfüllen müsse, hat viel für sich. Es ergiebt sich sonach das Resultat:

Befand sich der Verkäufer in dolo, d. h. kannte er die wahre Beschaffenheit der Sache, so haftet er in jedem Falle, mag es sich um das Fehlen einer vorbedungenen Eigenschaft oder bloß um die Leistung einer fehlerhaften Sache handeln, dem Käufer ex empto für das Interesse, was dieser daran hatte, von der wahren Beschaffenheit der Sache in Kenntniß gesetzt zu sein (non decipi).

162) Unbefriedigend ist deren Erklärung von Mommsen I. S. 206 flgde. und von Windscheid, Voraussetzung S. 117, 118 und Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 124, 125.

Befand sich dagegen der Verkäufer selber in Unwissenheit, so hat er bei der bloßen Leistung einer fehlerhaften Sache nur einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises herauszugeben (quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem), im Falle einer bedungenen Eigenschaft aber diese selbst zu prästiren (ipsius rei nomine tenetur im Gegensatze zu der weiteren Haftung im Falle des Dolus). Wissen des Käufers schließt jede Ersatzverbindlichkeit aus.

b. In fernerer Weise zeigt sich die Beschaffenheit der Thatsache von größtem Einflusse, wenn es sich darum handelt, daß Etwas nicht bloß schlechthin, sondern überdies zu einer bestimmten Zeit, oder an einem bestimmten Orte, oder an eine bestimmte Person zu leisten ist. Ebenso wenn die Leistung nach Qualität oder Quantität bestimmt ist. Es leuchtet ein: der Charakter der Leistung wird durch diese Bestimmungen ein ganz verschiedener, als wenn Etwas schlechthin zu leisten wäre. Diese Verschiedenheit des Charakters ist aber auch für den Inhalt und Umfang des Interesse bestimmend.

Eine Stipulation, die an sich certa wäre, wird durch die Bestimmung einer Person, an welche zu leisten, zu einer incerta. l. 118. §. 2. D. de V. O. 45, 1.:

> Decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio: ex eo, quod illi solvendum, incerti. finge, mea interesse, Titio potius quam mihi solvi, quoniam poenam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

Dieselbe Wirkung hat ein für die Leistung bestimmter Zeitpunkt.

l. 3. D. de in litem jur. 12, 3.:

> — certa (est) nummorum aestimatio, nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse. quid enim, si sub poena pecuniam debuit aut sub pignore, quod quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est.

Ebenso kann sehr viel auf den bestimmten Leistungsort ankommen. Einen solchen Fall betrifft die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. Ulp. lib. 27. ad Edictum:

Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat: ut, si interfuisset rei, Ephesi potius solvere quam eo loco, quo conveniebatur, ratio ejus haberetur? Julianus, Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim, si trajecticiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.

Auf den bestimmten Zahlungsort kam es hier dem Gläubiger hauptsächlich an, da er hier Geld unter einer Conventionalstrafe schuldete, Pfänder einzulösen und Gelegenheit zu vortheilhaften Geschäften hatte.

Ein anderer Ort, etwa der, wo sich der Schuldner später betreffen ließ, war für den Gläubiger gleichgültig. Der Schuldner haftet daher für allen ihm durch die Nichtleistung an dem bestimmten Orte entstandenen Schaden und entgangenen Gewinn.

Wie in dem vorigen Beispiele die Zeit, so hat hier der Ort eine wesentliche Bedeutung. Ohne die Ortsbestimmung hätte der Schuldner nur die versprochene Geldsumme zu leisten.

Zeit, Ort und Person treten hier also als wesentlich bestimmende Momente für den Umfang des Interesse hervor.

Von nicht geringerer Bedeutung ist die Bestimmung einer gewissen Qualität und Quantität. Insbesondere kann im Verkehre mit Staatspapieren neben der Lieferungszeit ein bestimmt fixirtes Quantum von Wichtigkeit sein, und zu Zeiten auch auf eine gewisse Eigenschaft der Actien Etwas ankommen, z. B. bei einer neuen Emission, ob sie abgestempelte oder nicht abgestempelte sind.

Noch entscheidender ist oft die Qualität und Quantität im Productenhandel, z. B. wenn bei einer Bestellung auf Schmalz etwa statt der Marke: Popham oder Kent die Marke: Patterson & Co. oder Mitchell & Ladd und jede nicht einmal in der bestellten Anzahl von tierces geliefert wird.

Schon das römische Recht kennt solche Fälle:

> Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti interest tua, si tunc praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire debes.
>
> — Certae qualitatis ac mensurae distracto vino, fidem placiti conservandam esse convenit. quo non restituto, non pretii quantitatis, sed quanti interest, emptori competit actio.
>
> cst. 10. 12. C. de act. empt. vend. 4, 49.

Für alle diese Fälle ist aber Zweierlei festzuhalten.

Erstens: Bei diesen Bestimmungen, insbesondere denen der Zeit, des Orts und der Person, macht es einen großen Unterschied, ob dieselben als ein integrirender Bestandtheil der Leistung selbst, oder nur als Modalität der Erfüllung und Ausübung der Obligation gelten sollen[163].

Nur dann, wenn sie einen Bestandtheil der Leistung selbst bilden, kann auf dieselben ein Interesse gegründet

163) vgl. Thöl, Handelsrecht I. §. 86. 87. Mommsen, a. a. O. S. 224.

werden. Denn das Interesse muß sich genau nach dem Gegenstande der Leistung bestimmen. Ist Zeit und Ort nicht Theil der Leistung, so kann auch von einem Interesse der Zeit und des Orts keine Rede sein.

Betrifft dagegen die Bestimmung nur die Erfüllung, so kommt für das Interesse lediglich der zu leistende Gegenstand, lediglich also die schuldige Sache oder Handlung in Betracht, die Bestimmung der Zeit hat hier nur den Sinn, daß der Gläubiger vor derselben nicht befugt sein soll, die Erfüllung zu fordern und seine Obligation auszuüben. Diese ist einfach eine betagte, befristete, und die Zeitbestimmung gereicht ausschließlich zum Vortheile des Schuldners.

Daran wird auch durch die Mora des Schuldners Nichts geändert. Denn die Mora kann niemals den Inhalt der Obligation selbst alteriren und dieser einen neuen Bestandtheil geben. Sie betrifft nur die Erfüllung der Obligation. Die Zeit der Mora wird nicht zu einem Theile der Leistung. Es wäre Nichts irriger, als der Satz, daß der Schuldner im Falle der Mora, obwohl die Obligation keine Zeitbestimmung enthielt, das Interesse leisten müßte, welches der Gläubiger daran hatte, daß ihm gerade an dem Zeitpunkte, wo der Schuldner in Mora versetzt war, geleistet worden wäre.

Zwar ist der Schuldner auch zur Zeit der Mora zur Leistung verpflichtet, aber er ist nicht verpflichtet, zur Zeit der Mora zu leisten. Zwar ist die Mora eine verschuldete Verzögerung der Erfüllung, aber nur der Erfüllung der Obligation, die dem Schuldner obliegt, nicht aber einer anderen Obligation. Enthielt die dem Schuldner obliegende Obligation keine Zeitbestimmung als Theil der Leistung, so kann der Gläubiger auch nicht die speciell sich auf einen bestimmten Zeitpunkt gründenden Vortheile beanspruchen, sollte dieser Zeitpunkt auch mit dem der Mora zusammenfallen. Nur das also kann der Gläubiger verlangen, was sich nicht speciell auf den Zeitpunkt der Mora gründet, nur das, was sich auf die geschuldete Leistung gründet: nicht also den Gewinn aus

vortheilhaften Speculationen und Handelsgeschäften, die er zufällig zur Zeit der Mora mit der geschuldeten Sache machen konnte, sondern nur die utilitas quae circa rem ipsam consistit, die auf der Sache selbst beruht: die Früchte, die Accessionen und der durch das etwaige Steigen der Preise herbeigeführte Mehrwerth. Diese beruhen auf der Leistung selbst, nicht aber auf dem ausgesucht günstigen Zeitpunkte der Mora.

Der Gläubiger kann, da kein Zeitpunkt der Leistung gesetzt ist, immer nur schlechthin die Sache verlangen. Diese hat sich seit der Zeit der Mora erweitert. Hätte er sie auch zur Zeit der Mora erhalten, so hätte er aus der Leistung der Sache doch nur diese Erweiterungen, nicht aber den Gewinn aus den Speculationen, welcher vielmehr durch den speciellen Zeitpunkt der Mora bedingt war.

Wenn der Schuldner zu der Zeit, wo ihn der Gläubiger mahnte, erfüllt hätte, so wäre es für diesen lediglich ein Glücksfall gewesen, daß er den geschuldeten Gegenstand gerade zu einem Zeitpunkte erhielt, wo er ihn nothwendig brauchte, oder mit ihm hätte vortheilhaft speculiren können. Dieser Glücksfall lag aber gar nicht in dem Inhalte der dem Schuldner obliegenden Obligation. Der Gläubiger durfte gar nicht darauf rechnen. Dieser specielle Zeitpunkt muß daher auch bei Bestimmung der Wirkungen der Mora, welche ja nur das Interesse des Gläubigers an der rechtzeitigen Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Obligation, und keiner anderen, umfassen soll, gänzlich hinweggedacht werden. Er darf als Etwas Zufälliges, dem Inhalte der Obligation gänzlich Fremdes, gar nicht in Betracht kommen.

Der Zeitpunkt der Mora hat nur die Bedeutung, daß der Gläubiger alles das erhalten soll, was er seit der Zeit der Mora durch die Leistung ihrem festgesetzten Inhalte nach erhalten hätte. Der Zeitpunkt der Mora kommt nicht als ein das Interesse des Gläubigers mitbestimmendes, sondern als ein dasselbe nur zeitlich begrenzendes Moment in Betracht.

Diese Auffassung von der Wirkung der Mora wird auf das Klarste in der l. 21. §. 3. D. de act. empt. 19, 1. von Paulus dargelegt:

> Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Die Leistung des Schuldners geht in dem entschiedenen Falle auf die Sache schlechthin, nec major fit obligatio, quod tardius agitur. Die Leistung wird durch die Mora nicht größer. Der Schuldner braucht dem Gläubiger nicht die Vortheile ersetzen, die sich speciell auf einen bestimmten Zeitpunkt gründen, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Zwar wächst die Obligation. Dieses Wachsen ist aber die Erweiterung der Leistung aus sich selbst, nicht eine durch das Herbeiziehen eines dem Inhalte der Obligation fremden Moments bewirkte Vergrößerung. Der Gläubiger erhält nur die utilitas, quae circa ipsam rem consistit, insbesondere den durch das Steigen der Preise entstandenen Mehrwerth. Der Zeitpunkt der Mora ist ohne bestimmenden Einfluß auf die Leistung des Schuldners. Ja, dieser Zeitpunkt ist so einflußlos, daß es practisch sogar sich als gleichgültig herausstellt, ob die Sache zur Zeit der Mora oder später geleistet wird. Wäre zur Zeit der Mora geleistet, so würde der Gläubiger allerdings mit der Sache auch ihre Erweiterungen haben. Er hat diese aber ebenfalls, insbesondere auch den durch das Steigen der Preise inzwischen entstandenen

Mehrwerth, wenn ihm die Sache nachher geleistet wird. Es wird also nach wie vor nur die Sache geleistet. Dies besagen die Worte: sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.

Dasselbe Resultat für die Wirkung der Mora ergiebt die l. 19. D. de periculo, 18, 6. (Hermogen.):

> Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit.

Schlösse das Verzugsinteresse auch die specifisch auf den Zeitpunkt der Mora sich gründenden Vortheile in sich, so müßte dem Verkäufer jedenfalls der Gewinn erstattet werden, den er durch vortheilhafte Geschäfte mit dem Kaufgelde hätte erzielen können.

Das Gewicht der vorgedachten beiden Stellen ist um so entscheidender, als sie ausdrücklich die Wirkung der Mora in Bezug auf den Inhalt des Verzugsinteresse bestimmen wollen.

Wenn es daher in der l. 36. §. 2. D. de usufr. 7, 1. und der l. 114. D. de V. O. 45, 1. heißt, der Schuldner hafte für das Interesse, daß die Mora nicht geschehen sei („quanti intersit, moram factam non esse"), so versteht sich dies mit der in der d. l. 19. angedeuteten Maßgabe: Nicht überhaupt Alles soll der Gläubiger erhalten, was er gehabt hätte, wenn die Mora nicht geschehen wäre, sondern nur das, was er in diesem Falle durch die Leistung, nicht aber bloß zufällig und specifisch durch den Zeitpunkt der Mora gehabt hätte.

Ebensowenig alteriren die sonstigen Stellen, auf welche sich die herrschende Meinung beruft, das gewonnene Resultat. Die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. und die l. 3. D. de in litem jur. 12, 3. handeln, wie dargethan, von Fällen, wo die Leistung auf einen bestimmten Ort und einen bestimmten Zeitpunkt gerichtet war. Daß hier die weiter-

gehenden Vortheile ersetzt werden, ist nicht Wirkung der Mora, sondern der besonderen Zeit- und Ortsbestimmung.

Schwerer fallen anscheinend eine Reihe von Stellen ins Gewicht, welche in dem Falle, wo die geschuldete Sache nach dem Eintritte der Mora untergegangen ist, die Möglichkeit berücksichtigen, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung die Sache hätte verkaufen und so wenigstens sich den gelösten Kaufpreis hätte sichern können. Es sind dies folgende Stellen:

l. 14. §. 11. i. f. D. quod met. c. 4, 2. Ulp. ad Ed. — interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

l. 40. pr. D. de H. P. 5, 3. Paul. libr. 20. ad Ed. Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius.

l. 20. §. 21. D. de H. P. 5, 3. Ulp. libr. 15. ad Ed. — Res (hereditariae a possessore venditae) — — ubi deperditae sunt aut deminutae, verum pretium debet praestari, quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

l. 15. §. 3. D. de R. V. 6, 1. Ulp. libr. 16. ad Ed. Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari. nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

l. 12. §. 4. D. ad exhib. 10, 4. Paul. libr. 26. ad Ed. Si post judicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit, per eum non effectum, quo minus tunc, cum judicium acciperetur, homo exhiberetur.

l. 57. D. solut. matr. 24, 3. Marcellus libr. 7. Dig. — finge hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere (sc. usumfructum in dotem datum, posteaquam divortium intervenit). quo casu non inique, etiam mulieris herede agente, vir facere cogetur, quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quodsi facultatem usus fructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam percipiendi fructus, quam praestare ipsi debuit, etiam heredi ejus praestat.

l. 47. §. 6. D. de leg. 1, 30. Ulp. lib. 22. ad Sab. — si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi. quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit. potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Es kann für unsere Frage auf sich beruhen bleiben, ob in den angeführten Stellen die Möglichkeit des Verkaufes nur als Motiv oder als Bedingung der Haftung des Verklagten hingestellt wird[164]. Für unsere Frage ist nur wichtig, daß bei der Mora überhaupt die Möglichkeit des Verkaufes berücksichtigt wird. Es sei hier jedoch bemerkt, daß, wenn auch nicht gerade die hypothetische Wirklichkeit, so doch wenigstens die Gelegenheit des Verkaufes nachgewiesen sein muß, wenn der Verklagte haften soll. Dies wird namentlich in der d. l. 57. i. f. angedeutet, und läßt sich auch nicht in der l. 15. §. 3. D. de R. V. und der l. 14. §. 11. D. quod met. c.

164) S. darüber Savigny, Syst. VI. S. 184, 188. Mommsen, III. S. 187, 191. Beide verlangen nur die abstracte Möglichkeit, so daß die Haftung des Beklagten so gut als unbedingt ist.

hinwegdemonstriren. Es spricht ferner dafür der gewichtige innere Grund, daß der Kläger doch nur sein Interesse daran, daß die Mora nicht geschehen wäre, erhalten kann. Die von Paulus in der l. 40. D. de H. P.[165] als streng bezeichnete Oratio Hadrian's verpflichtete doch nur den Beklagten zu dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Leistung zu der Zeit, wo er sie forderte, geschehen wäre. Sollten die römischen Juristen noch darüber hinausgegangen sein und eine abstracte Möglichkeit des Habens für ausreichend erachtet haben? Sie würden dann zu der Härte des Gesetzes noch eine Härte der Rechtsanwendung gefügt haben. Der Begriff des Interesse verlangt mindestens eine Gelegenheit des Erwerbes[166]. Es fehlte an allem Grunde, von diesem Principe zum Nachtheile des ohnehin schon streng verhafteten Schuldners abzugehen! — Es kommt hinzu, daß die sämmtlichen oben angeführten Stellen, unbefangen betrachtet, weit mehr für die hier vertretene Auffassung, wo sie diese nicht schon geradezu ausdrücken, als für die entgegengesetzte Ansicht sprechen.

Aber auch in der eigentlichen hier zur Frage stehenden Beziehung liefern die angeführten Stellen sowenig ein widersprechendes Resultat, daß sich in ihnen nur eine Consequenz des aufgestellten Grundsatzes über die Wirkung der Mora erblicken läßt.

Die Möglichkeit des Verkaufs einer Sache zu ihrem üb=

165) vgl. Savigny VI. S. 177, 179.

166) S. oben S. 106. Bei Gegenständen, die einen Verkehrspreis haben, ist eine solche Gelegenheit immer vorhanden, und bedarf es daher des besonderen Nachweises einer solchen nicht, sofern nur nicht mehr als der gewöhnliche Verkehrspreis geleistet werden soll. S. S. 198. Dennoch ist es theoretisch unrichtig, hier eine bloß abstracte Möglichkeit gelten zu lassen. Es liegt vielmehr hier in jedem Augenblicke eine sichere Gelegenheit zum Verkaufe vor. Anders liegt schon der in der l. 57. D. cit. 24, 3. vorausgesetzte Fall des Verkaufs des usus fructus an den dominus proprietatis (vgl. S. 103), oder der Fall, wo ein höherer Preis, als der Verkehrspreis, gefordert wird.

lichen Preise ist noch sehr verschieden von einem besonders vortheilhaften und gewinnbringenden Verkaufe. Dieser letztere setzt besondere Conjecturen voraus, die speciell zur Zeit der Mora oder nach derselben vorhanden sind. Der darauf beruhende Gewinn beruht also nicht auf der Leistung. Dagegen muß man es für möglich halten, seine Sache jederzeit zu dem üblichen Preise losschlagen zu können. Nur diesen üblichen Preis aber hat der morose Schuldner nach den angeführten Quellenaussprüchen zu zahlen. Die Sache und ihr Preis ist identisch. Certus ager vel certus homo vel alia res, quae expressa est, quid distat a nomine ipsius pecuniae? cst. 2. §. 1. C. de const. pec. 4, 18. Wer die Sache hat, hat ebendadurch ihren Werth; ebenso wie den durch das Steigen der Preise herbeigeführten Mehrwerth, hat man dadurch auch den ganzen Werth der Sache. Es ist daher Nichts natürlicher, als bei dem Verzugsinteresse diesen Werth in Anschlag zu bringen, da Nichts natürlicher ist, als daß man den Werth der Sache hat, wenn man die Sache hat.

Ebenso ist das, was der Käufer durch den Sclaven erwirbt, auch nur Etwas, das er durch die Leistung des Sclaven hat. Ferner kann der durch die verspätete Exhibition oder die verzögerte Auszahlung des Legats entstandene Schaden eben nur der durch die Verzögerung der dem Schuldner obliegenden Leistung entstandene Schaden sein[167].

Dasselbe Princip findet sich auch auf die mora accipiendi angewandt[168].

Der über die Wirkung der Mora oben entwickelte Grundsatz findet sich daher, wie er aus der Natur der Sache hervorgeht, auch in den Bestimmungen des Rechtes anerkannt.

Kaum einer Bemerkung bedarf es wohl, daß nicht etwa ein beschränktes, sondern gerade ein volles und wahres In-

167) So erklären sich die l. 31. §. 1. D. de act. empti 19, 1. l. 9. §. 8. D. ad exhib. 10, 4. l. 26. l. 35. D. de leg. 3, 32.

168) l. 1. §. 3. D. de peric. et comm. 18, 6. l. 38. §. 1. D. de A. E. V. 19, 1.

teresse nach dem aufgestellten Grundsatze als Wirkung der Mora anzunehmen ist, aber nur ein Interesse an der rechtzeitigen Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit!

Wo also die Obligation nicht auf einen besonderen Ort und Zeitpunkt gerichtet ist, kann auch nicht der Ersatz der speciell auf einem besonderen Orte oder Zeitpunkte beruhenden Vortheile verlangt werden.

Zwar kann der Gläubiger beliebig jederzeit und an jedem Orte die Erfüllung fordern, falls der Vertrag darüber Nichts bestimmt. Dies hat aber offenbar nicht den Sinn, daß der Gläubiger sich nun nach Belieben den günstigsten Moment auswählen könnte und der Schuldner ihm Alles das ersetzen müßte, was für ihn gerade durch diesen einseitig und willkürlich von ihm gewählten Zeitpunkt bedingt war. Es stände sonst ganz in der Macht des Gläubigers, nach Belieben die Verbindlichkeit des Schuldners schwerer zu machen, während doch auf keinen Fall die Eigenthümlichkeit des von ihm gewählten Orts oder der von ihm gewählten Zeit und das dadurch bedingte eigenthümliche Interesse dem Schuldner auferlegt werden darf.

Da der Vertrag über Zeit und Ort der Erfüllung Nichts bestimmt, so steht die Wahl dem Gläubiger nur deßhalb zu, weil doch irgendwo und irgendeinmal geleistet werden muß, wenn das Recht des Gläubigers nicht illusorisch werden soll.

Kann daher der Gläubiger auch jederzeit die Erfüllung erzwingen, so ist doch das, was er erzwingen kann, jederzeit und unverändert nur der durch den Vertrag bestimmte Gegenstand der Obligation: die Leistung schlechthin ohne Rücksicht auf eine gewisse Zeit oder einen gewissen Ort. Denn es ist Etwas Anderes: verpflichtet sein, zu jeder Zeit zu leisten, als bloß jederzeit zur Leistung verpflichtet sein.

Weder also der gesetzlich, noch der vertragsmäßig be-

stimmte bloße Erfüllungsmodus kann den Inhalt der Obligation selbst alteriren.

Ob aber die im einzelnen Falle getroffene Bestimmung als Theil der Obligation oder als Modus der Erfüllung anzusehen, ist lediglich eine Interpretationsfrage.

Mitunter ergiebt sich schon aus Natur und Zweck der Leistung der Charakter der Bestimmung. So ist die Zeitbestimmung Etwas Wesentliches, wenn Jemand die Ausrichtung zu einer an einem bestimmten Tage stattfindenden Festlichkeit übernimmt.

Wenn dagegen in einer Schuldverschreibung ein Tag zur Zurückzahlung eines Darlehns oder Zahlung von Kaufgeldern gesetzt wird, so betrifft dies meist nur den Modus der Erfüllung.

Freilich wenn das vor der Uebergabe zu zahlende Kaufgeld zur Abwendung einer über das Grundstück bereits schwebenden Subhastation dienen sollte, so kann die Zeitbestimmung wieder von größter Bedeutung sein.

Eine Grenze läßt sich schlechterdings nicht ziehen; es entscheiden lediglich die Umstände und die Absicht der Contrahenten.

Das Interesse des Orts und der Zeit wird aber deßhalb geleistet, weil Zeit und Ort integrirender Theil der Leistung sind; nicht aber hat man sich, wie Donell es thut, die Sache so vorzustellen: als müsse man, damit die Zeitbestimmung nicht völlig überflüssig erscheine, annehmen, der Schuldner habe dadurch alle die besonderen für den Gläubiger von dem bestimmten Zeitpunkte abhängenden Vortheile ausdrücklich übernehmen wollen, und als würde er ohne eine solche ausdrückliche Verpflichtung für dieselben nicht haften.

Schon die Zeitbestimmung als solche und nicht etwa eine darin zu suchende directe Uebernahme der Gefahr ist der Grund des Ersatzes. Schon an sich selbst ist sie Nichts Ueberflüssiges und führt von selbst zu einem die fraglichen Vortheile umfassenden Interesse.

Was vorstehend von Zeit und Ort gesagt ist, gilt ebenso

für andere derartige Bestimmungen, insbesondere die einer Person, an welche zu leisten. Ist die Person bloß als Zahlungsempfänger bestimmt, solutionis causa adjectus, so alterirt dies den Inhalt der Obligation nicht im Mindesten und hat nur überhaupt die Wirkung, daß die Obligation durch Zahlung an den bestimmten Empfänger erfüllt werden kann, und man nicht nöthig hat, sich gerade an den eigentlichen Gläubiger zu wenden. Bildet dagegen die Bestimmung einen integrirenden Theil der Leistung selbst, so hat sie die Bedeutung, daß z. B. eine stipulatio certi zu einer incerta wird.

Das Zweite, worauf in unserer Frage hinzuweisen ist, ist der Unterschied zwischen dem, der eine Sache bereits hat, und dem, welchem sie erst geleistet werden soll.

Der Erstere kann jederzeit über die Sache verfügen, und wer ihm die Disposition in einem bestimmten Zeitpunkte vereitelt, muß ihm Alles ersetzen, was es für ihn ausmacht, daß er gerade in diesem Zeitpunkte die Disposition nicht hatte. Denn er hat das Recht, in jedem, also auch in dem fraglichen Zeitpunkte zu disponiren. Hieher gehört insbesondere das Interesse bei Delictsobligationen. Daher muß bei der actio legis Aquiliae der Beschädiger die in Folge seines Delicts verwirkten Conventionalstrafen erstatten, ohne Rücksicht darauf, ob er den Zeitpunkt, wo sie verfielen, kannte oder nicht. Dagegen kann der Gläubiger, in dessen Vermögen die Sache erst kommen soll, sich das Recht, schon vor der Uebergabe über die Sache zu einem gewissen Zeitpunkte verfügen zu dürfen, nur durch eine darauf gerichtete Vertragsbestimmung sichern, die einen Theil der Leistung selbst ausmacht.

Schon Schömann (s. oben S. 18) hat dieser Unterschied vorgeschwebt. Er wollte jedoch — entgegen der l. 2. §. 8. cit. — niemals dem Gläubiger, sondern stets nur dem Eigenthümer eine Entschädigung für die vereitelte Disposition zubilligen.

Aber es ist nicht abzusehen, warum das obligatorische Recht, da es doch einmal ein Recht ist, in dieser Hinsicht

eine geringere rechtliche Wirkung haben soll, als das Eigenthum.

c. Sind besondere Bestimmungen über Zeit und Ort u. dgl. nicht getroffen, so fällt auch von selbst das Interesse fort, welches derartige Bestimmungen nothwendig voraussetzt. Hievon handelt die l. 21. §. 3. D. de actionib. empt. vend. 19, 1. in ihrem ersten Theile.

Daß der Käufer nicht den durch eine frühzeitigere Lieferung des Getreides zu machenden Gewinn oder abzuwendenden Schaden ersetzt verlangen kann, beruht darauf, daß der Verkäufer nicht verpflichtet war, die Lieferung gerade bis zu dem, dem Käufer günstigen Zeitpunkte, dem Zeitpunkte, wo der Gewinn zu machen, oder der Verlust abzuwenden war, zu bewirken. Seine Verbindlichkeit wird ihrem vollen Inhalte nach erfüllt, auch wenn die Lieferung erst später geschieht, da diese an keine besondere Zeitbestimmung gebunden ist. Der Käufer konnte mithin nicht auf einen bestimmten, also auch nicht auf den für seine Verhältnisse gerade besonders günstigen Zeitpunkt rechnen. Sein Recht bestimmt sich genau nach dem Inhalte der Obligation. Diese geht aber schlechthin auf Getreide, er erhält daher auch nur den Werth des Getreides, nicht aber den der umgekommenen Sclaven. Diese Erklärung ist nicht etwa willkürlich in die Stelle hineingetragen, sondern in dieser selbst unmittelbar ausgesprochen, in den Worten: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Die scheinbare Tautologie dieser Worte schwindet, wenn man sie im Zusammenhange der Stelle auf den auf die Leistung schlechthin gerichteten Inhalt der Obligation bezieht. Der Schluß der Stelle führt aus, daß dieser Inhalt auch nicht durch die eingetretene Mora alterirt wird.

Ebenso ist im Falle der l. 19. D. de periculo 18, 6. die Obligation des Käufers nur auf die Bezahlung des Kaufpreises schlechthin gerichtet. Selbst eine hinzugefügte Zeitbestimmung würde hier nur als Erfüllungsmodus anzusehen sein. Der Verkäufer kann daher nicht solche Vortheile in Anspruch

nehmen, welche eine besondere Qualification der Leistung in Ansehung der Zeit oder des Ortes voraussetzen würden. Er kann das volle Verzugsinteresse fordern, aber nur wegen der Leistung, welche dem Schuldner obliegt. Dieser hat aber nur schlechthin zu leisten, ohne daß ein bestimmter Zeitpunkt oder Ort Theil der Leistung wäre. Das Verzugsinteresse des Verkäufers wird sich daher meist nur auf die Zinsen beschränken. Der Speyersche Deputationsabschied von 1600 §. 139. spricht dem Gläubiger ebenfalls das Verzugsinteresse zu. Was im einzelnen Falle dazu gehört, ist Thatfrage. Ein Widerspruch dieses Reichsgesetzes mit der l. 19. cit. besteht demnach nicht.

Der Verzug kann seiner Natur nach nicht der Obligation einen anderen Inhalt und Gegenstand geben, also auch nicht eine fehlende Zeit- und Ortsbestimmung ersetzen. Dies besagen die Worte der l. 21. §. 3. cit.: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.

Die obigen Stellen ziehen daher nur das zum Interesse, was zum Interesse gehört, und schließen das aus, was nach den thatsächlichen Verhältnissen der entschiedenen Fälle dem Begriffe und Wesen des Interesse nach nothwendig ausgeschlossen werden muß. Man hat daher nicht nöthig, auf Grund derselben Ausnahmen zu statuiren, oder, um die Regel zu retten, die thatsächlichen Voraussetzungen des Falles zu verschieben. Ohne allen inneren Grund ist es, wenn Puchta (Pand. §. 225.) hauptsächlich wegen dieser Stellen annehmen will: der durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelte Verlust werde der Regel nach nur bei dem positiven Schaden berücksichtigt, wo sich denn auch der Causalzusammenhang sicher ermitteln lasse, nicht aber hinsichtlich des entgangenen Gewinns, bei welchem nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam) in Anschlag komme. Der Causalzusammenhang läßt sich bei dem entgangenen Gewinne ebenso ermitteln, als bei dem positiven Schaden. Ob sich Etwas

ermitteln lasse oder nicht, ist überdies eine reine Beweisfrage, der man vernünftigerweise keinen Einfluß auf das materielle Recht einräumen kann.

Wenn Puchta ferner bei der Bestimmung des Ortsinteresse ausnahmsweise auf jeden erweislich entgehenden Gewinn, also auch den auf individuellen Umständen beruhenden sehen will, so ist dies keine Ausnahme, sondern wahre Regel.

Ganz nichtssagend ist der Satz, mit dem sich Manche ausschließlich begnügen: nur der erweislich entgangene Gewinn oder das lucrum cessans, welches als eine „sicher und billigerweise dem Verpflichteten zur Last zu schreibende Folge der die Interesseforderung begründenden Handlung glaubhaft gemacht werden könne," sei zu ersetzen[169]. Es versteht sich ganz von selbst, daß im Processe nur das berücksichtigt wird, was bewiesen wird. Ob der Gewinn sicher oder billigerweise dem Schuldner zur Last zu schreiben ist — führt zu einer müßigen Erwägung, welche in den Quellen nirgends vorgeschrieben ist. Dieses unbestimmte Hin und Her wird beseitigt, wenn man die Aussprüche der Quellen in ihrem wahren und natürlichen Zusammenhange auffaßt und sich bemüht, in die in ihnen selbst enthaltene Motivirung einzudringen. Dies erreicht man aber nicht, wenn man die Begriffe auf den Kopf stellt und allen Grundsätzen der Exegese durch Sophismen und Unterstellungen dreist ins Gesicht schlägt!

Wenn nun das Interesse in dem einen Falle von geringerem Umfange ist, als in anderen Fällen, so folgt daraus nicht, daß das Interesse dort ein beschränktes, hier ein volleres wäre. Ein Interesse ist voll, wenn es alle ihm zugehörigen Vortheile enthält; nur dann wäre es beschränkt, wenn davon Vortheile ausgeschlossen würden, die seinem Begriffe nach dazu gehören. Dieses geschieht, wie dargethan, weder in der l. 21. §. 3. cit., noch der l. 19. D. de periculo.

Daß der Umfang des Interesse nicht in allen Fällen gleich,

---

169) Seuffert, pract. Pandektenr. §. 236. Note 5 und Andere.

kann eben nicht befremden. Verschiedene Fälle, verschiedene Interessen.

Eine wahre Beschränkung hat dagegen das Interesse anderweit erhalten.

§. 15.

V. Beschränkung und Erweiterung des Interesse.

Die Const. unic. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur 7, 47. verordnet:

Imp. Justinianus A. Joanni P. P.

Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare.

Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut quod revera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio. Datum Kal. Septemb. Constantin. post consulat. Lampad. et Orest. Conss. 530.

Die Veranlassung der Constitution ergiebt sich unverkennbar aus ihrem Zwecke. Sie will Mißbräuche abstellen, welche als ein altes Uebel bei Interesseforderungen sich täglich in der Paxis wiederholten: Täuschungen und Entstellungen, die bei dem freien und an keine feste Beweisregeln gebundenen Ermessen des Richters sehr leicht zu den größten Uebertreibungen führten, wobei dem Schuldner Summen abgefordert wurden, die er nicht erschwingen konnte und deren Zahlung ihn zu Grunde richten mußte.

Diesem Treiben will Justinian Einhalt gebieten, indem er für eine gewisse Klasse von Fällen das Interesse einer gesetzlichen Beschränkung unterwirft, und im Uebrigen an die Richter die Mahnung ergehen läßt, in den von ihnen zu verhandelnden Sachen die Ersatzansprüche einer strengen und scharfen Prüfung zu unterziehen, und die Ermittelung des wahren Betrages derselben sich angelegen sein zu lassen.

Fast jedes Wort der Constitution hat diesen Zweck im Auge, so daß es fast unglaublich erscheint, wie man noch über die Veranlassung derselben hat streiten können. Die Zweifel, deren Justinian Eingangs seiner Constitution erwähnt, sind keine theoretischen Zweifel, sondern Zweifel und Schwankungen der Praxis.

Die Constitution aber mit dem Verbote der Zinsen ultra alterum tantum und der dupla bei Evictionsansprüchen oder gar dem vereinzelten Ausspruche des Paulus über die Erstattung der Impensen bei evincirten Sachen in Verbindung zu bringen und das Eine als die geschichtliche Entwickelung des Andern aufzufassen, ist mehr eine geschichtliche Spielerei, denn eine historische Entwickelung.

Die Beschränkung, welche für das Interesse eingeführt wird, bezieht sich nun auf die Fälle, qui certam habent quantitatem vel naturam. Für die casus incerti behält es bei dem früheren Rechte sein Bewenden.

Was sind nun casus certi?

Da die Constitution sich in allgemeiner Weise auf

Interesseleistungen bezieht, so können offenbar unter den casus nur Fälle verstanden werden, in denen ein Interesse für Etwas zu leisten ist. Aus welchem Grunde diese Leistung entspringt, ob aus einem Contracte oder einem Delicte, einem ein- oder zweiseitigen Geschäfte, kommt dabei nicht in Betracht, da der Fall einer Interesseleistung ebensowohl bei der einen als bei der anderen Klasse von Obligationen eintreten kann.

Zu dem Falle einer Interesseleistung gehört nicht mehr, als: daß eben ein Interesse für Etwas geleistet werden soll.

Durch die angeführten Beispiele darf man sich nicht verleiten lassen, den in der Constitution principiell festgehaltenen Begriff eines Falles des Interesse aufzugeben und ausschließlich an Fälle zu denken, welche aus Contractsverhältnissen hervorgehen.

In der Constitution wird aber als durchgreifend festgehalten: ob es sich um einen casus certus oder incertus handelt; es wird nicht unterschieden, ob ein Contract oder ein Delict vorliegt. Es wäre ein willkürliches Vertauschen der Gesichtspunkte, wenn man den einen Unterschied an die Stelle des anderen setzen wollte; man würde Etwas Gemachtes an die Stelle des positiv Gegebenen setzen, und müßte annehmen, Justinian habe nicht gesagt, was er gewollt und gewollt, was er nicht gesagt — eine Art von Interpretation, die nirgends angebracht ist.

Es kommt hinzu, daß jene Veränderung der Begriffe, wie die Kritik der bisherigen Meinungen lehrt, kein befriedigendes Resultat liefert und zum Theil zu den größten Ungereimtheiten führt, z. B. daß man den Fall des Interesse nicht aus sich selbst, sondern durch die Gegenleistung, also einen ganz anderen Fall bestimmt werden läßt.

Schließt man sich dagegen der gesetzlich gemachten Unterscheidung an, so sieht man sich nicht genöthigt, das Interesse des Käufers durch das Interesse des Verkäufers zu bestimmen,

sondern findet für jeden einzelnen Fall des Interesse auch die diesem eigenthümlichen Bestimmungen.

Es ist endlich die klar ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers, die Interesseleistungen soviel als möglich zu beschränken (prout possibile est, in angustum coarctare) und mithin kein Grund, die Beschränkung der Constitution auf Delictsfälle außer Anwendung zu lassen, da sich hier ebenso wie bei Contracten ein bestimmter Gegenstand zur Berechnung des duplum darbietet.

Ob aber ein Fall des Interesse als certus oder incertus anzusehen, entscheidet sich nach der Beschaffenheit des Gegenstandes, wofür das Interesse geleistet werden soll.

Besteht dieser Gegenstand in einer bestimmten Geldsumme, so ist casus certus vorhanden. Einer bestimmten Geldsumme aber steht es gleich, wenn es sich um eine bestimmte Sache außer baarem Gelde handelt, für die Ersatz geleistet werden soll. Denn mit der bestimmten Sache ist auch ein bestimmter Geldwerth gegeben. Die Sache ist Geld. Dies ist die Auffassung der Quellen:

> possibile est, omnes res in pecuniam converti. si enim certa domus, vel certus ager vel certus homo vel alia res, quae expressa est, in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? sed ut subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constituti actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia constituta, cum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiant — cst. 2. §. 1. C. de constituta pecunia 4, 18.

Unter certa natura versteht Justinian in der Constitution eine res certa, quae expressa est, d. h. die so bestimmt ist, daß sie einen bestimmten Geldwerth darstellt.

Ein Fall ist demnach bestimmt, wenn sich nur eine bestimmte Sache findet, für die Ersatz zu leisten ist, gleichviel

im Uebrigen, ob deren Tradition unterblieben oder sie in diebischer Absicht weggenommen oder zerstört ist. Denn diese Handlungen: das Nicht-Geben, das Stehlen oder Zerstören und Beschädigen sollen ja nicht geschätzt werden und auch nicht als Maßstab der Berechnung dienen. Es ist mithin völlig gleichgültig, ob es sich um das Eine oder das Andere handelt.

Das Interesse des Verkäufers, des Verpachters, des Darlehnsgläubigers ist daher ein casus certus, weil sich dabei eine bestimmte Geldsumme: der Kauf- oder Miethspreis oder die Darlehnssumme findet.

Umgekehrt ist bei dem Interesse des Käufers oder des Bestohlenen eine bestimmte Sache und somit ein casus certus vorhanden.

Die obligatio generis ist nur insofern bestimmt, als das genus hinreichend nach Qualität und resp. Quantität bestimmt ist. Eine Obligatio auf ein Thier, auf einen Sclaven kann selbstverständlich nicht als bestimmt gelten; es muß mindestens die zu leistende Sache nach einer gewissen Qualität bezeichnet sein.

Die obligatio alternativa ist wenigstens relativ bestimmt, sofern man nach dem einen oder dem anderen der geschuldeten Gegenstände das duplum berechnen kann. Die Nutzung eines Grundstücks, um die es sich z. B. bei dem Interesse des Miethers oder Pachters handeln kann, wird sich in den meisten Fällen ebenfalls abschätzen lassen und ein certum ergeben. Ebenso die operae locari solitae.

Eine unbestimmte Natur haben dagegen die Fälle, wo es sich um Leistungen handelt, die wesentlich in einem facere oder non facere bestehen.

Zeit-, Orts- oder sonstige Bestimmungen, mögen sie zu einem Theile der Obligation selbst erhoben sein oder nicht, machen den Fall noch zu keinem unbestimmten, wenn sich nur bei ihnen entweder eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Sache findet.

Denn nach dem Wortlaute der Constitution ist nur nöthig, daß sich überhaupt bei der Leistung eine bestimmte Geldsumme findet („casus, qui certam habent quantitatem"), nicht aber, daß es ausschließlich für diese Geldsumme wäre, für welche Ersatz geleistet wird.

Wo also nach vorstehenden Grundsätzen ein casus certus vorliegt, tritt die Bestimmung Justinian's in Kraft, und läßt sich diese dahin präcisiren: in allen Fällen des Interesse, bei denen sich eine bestimmte Geldsumme oder ein Object von bestimmtem Geldwerthe, wofür Ersatz geleistet werden soll, findet, darf die Interesseleistung nicht den Betrag des Doppelten jener Summe oder jenes Geldwerths übersteigen.

Hierin liegt die einzige und wahre Beschränkung des Interesse. Sonstige Bestimmungen, welche man als beschränkende anführt, betreffen nicht das Interesse, sondern die Leistung der Verzugszinsen und Proceßfrüchte, sowie die Nebenleistungen des Bürgen und sind überdies nicht einmal von allgemeinerer Bedeutung.

Dahin gehört, wenn in den Quellen gesagt wird: es seien nicht bloß die Früchte in Anschlag zu bringen, welche gezogen sind, sondern auch die, welche anständigerweise gezogen werden konnten, l. 33. D. de R. V. 6, 1., und daß von den zu erstattenden Früchten nicht wieder Zinsen zu zahlen, l. 15. D. de usur. 22, 1., wobei jedoch für die Erbschaftsklage ein Anderes gilt, l. 51. §. 1. D. de hered. pet. 5, 3. l. 1. C. de his quibus ut ind. 6, 35., oder, wenn es sich darum handelt, ob überhaupt Zinsen berechnet werden, wenn der Erbe mit Entrichtung eines Legats goldener oder silberner Gefäße im Verzuge ist, l. 3. §. 4. D. de usur. 22, 1., oder ausgesprochen wird, daß bei der indemnitas eines debitum frumentariae pecuniae keine übermäßige Berechnungsart stattfinden solle, l. 2. §. 5. D. de adm. rer. ad civit. pert. 50, 8. z. B. nicht Gewinn vom Gewinne oder Zinseszins genommen werde u. dgl.

Wenn in diesen Fällen nach Recht und Billigkeit die

Wirkungen der Mora resp. Litiscontestation bestimmt werden, so wird damit erst der eigentliche Gegenstand der Nebenprästationen selber bestimmt; eine Beschränkung des Interesse könnte darin nur dann gefunden werden, wenn die Nebenprästationen überhaupt auf ein (Zins=)Interesse gerichtet wären und nun dieses hinterher beschränkt würde. Mit demselben Rechte könnte man die Wirkungen der Litiscontestation als ein beschränktes Interesse auffassen, während doch eine Interesseleistung dabei gar nicht beabsichtigt ist. Wird aber in allen diesen Fällen überhaupt kein Interesse geleistet, so kann auch nicht von einer Beschränkung des letzteren dabei die Rede sein[170].

Ebenso grundlos und hinfällig in sich sind die Erweiterungen, die man für das Interesse in gewissen Fällen angenommen hat. Daß der Richter von dem ihm bei Bestimmung des Interesse zustehenden freien Ermessen zum Nachtheile des Beklagten, wenn dieser sich eines Dolus schuldig gemacht hat, Gebrauch machen solle, daß in den Fällen doloser Rechtsverletzungen auch der Schaden in Betracht gezogen werde, den der Beschädigte sich selber verursacht hat — sind Dinge, welche sich, wie bereits oben dargethan[171], im Röm. Rechte nicht nachweisen lassen. Die Auslegungen, welche man in jenem Sinne der l. 26. D. de evict. 21, 2. l. 12. l. 45. §. 1. und §. 2. D. de act. empti 19, 1. l. 13. §. 1. D. de S. P. U. 8, 2. l. 40. pr. D. de damno inf. 39, 2. zu geben versucht hat[172], sind bei näherer Prüfung nicht haltbar. Da in den fraglichen Fällen nur das Interesse geleistet werden soll, so kann dem Beklagten nicht Etwas auferlegt werden, das kein Interesse ist.

Ebensowenig bezweckt das Juramentum in litem, das Interesse über seinen Begriff hinaus zu erweitern. Wenn auch der Kläger zur eidlichen Selbstschätzung seines Interesse zugelassen

170) A. M. Mommsen II. S. 188—190.

171) s. oben S. 142 flgde. S. 153.

172) s. Mommsen II. S. 257, 258.

wird, so soll doch durch den Eid Nichts Anderes als das Interesse und also nicht Etwas, das über dieses hinausgeht, geschätzt werden. Zweck des juramentum in litem ist das Interesse, wie es durch seinen Begriff gegeben ist, und wenn durch die eigenthümliche Art der Schätzung im Erfolge vielleicht über den wahren Betrag desselben hinausgegangen wird, so liegt der Grund davon nicht darin, daß von dem wahren Begriffe des Interesse abgewichen wird, sondern darin, daß man keinen objectiven Maßstab bei der Schätzung zu Grunde legt. Eine nähere Darstellung des juramentum in litem liegt außer dem Plane dieser Abhandlung. Dasselbe kann nur im Zusammenhange des Actionenrechts seine lebendige Auffassung finden. Es mag daher genügen, hier auf die treffliche Darstellung dieses Rechtsinstituts durch v. Schröter Bezug zu nehmen[173].

Sonach hat das Römische Recht durchgängig den wahren Begriff des Interesse festgehalten, und, wo es von einem Interesse spricht, weder Etwas ausgeschlossen, was zu demselben gehört, noch Etwas zugelassen, was in Wahrheit über dasselbe hinausgeht.

Zweites Kapitel: Von der Leistung des Interesse.

Vorbemerkung.

Nach einer sehr verbreiteten Auffassung erscheint die Leistung des Interesse entweder als ursprünglicher oder nachfolgender Gegenstand von Obligationen, und gelten als Beispiele der letzteren Art die Fälle, in denen wegen Nichterfüllung einer Obligation das Interesse geleistet wird[174]. Schon an sich ist es sehr problematisch, wie eine und die-

173) S. v. Schröter, Zeitschrift für Civilr. u. Proceß S. 356—413. vgl. v. Savigny, System V. §. 221 flg.

174) So Mommsen II. S. 6, 8, 61, 64.

selbe Obligation ohne Veränderung ihrer Substanz einen ursprünglichen und einen nachfolgenden Gegenstand haben kann, da mit der verschiedenen Leistung nothwendig eine verschiedene Obligation gegeben ist, und die Obligation, wenn sie einen Gegenstand hat, nicht auf einen anderen Gegenstand gerichtet sein kann, als sie gerichtet ist. Wenn auch die Interesseleistung für das Vermögen des Gläubigers dieselbe Wirkung hat, als die Leistung, für welche sie eintritt, so besteht doch in der Substanz und dem Wesen beider ein nicht wegzuleugnender Unterschied. Man mag noch so sehr die Gleichheit der Wirkungen hervorheben; zur vollen Identität mit der Obligation auf die geschuldete Sache oder Handlung gelangt die Obligation auf das Interesse dadurch nicht[175].

Nicht einen ursprünglichen und nachfolgenden Gegenstand, sondern eine ursprüngliche und nachfolgende Obligation muß man in jenen Fällen unterscheiden. Die Interesseleistung wegen Nichterfüllung einer Obligation ist nach Digestenrecht Gegenstand der durch das condemnatorische Urtheil geschaffenen secundären Obligation auf das, was das Urtheil dem Beklagten auferlegt. Nur in diesem Zusammenhange findet die Interesseleistung ihre rechte Stelle. Sie gehört demnach dem materiellen Actionenrechte an.

Sie ist nicht nur für die actiones in personam, sondern auch für die actiones in rem und somit von allgemeinerer Bedeutung, da auch bei den letzteren das Recht des Klägers durch eine durch das Urtheil erzeugte Obligation, deren Gegenstand das Interesse ist, realisirt wird.

175) Nur in Beziehung auf die Wirkung der Obligation für das Vermögen des Gläubigers kann man es gelten lassen, wenn Puchta, Pand. §. 219. 224. meint, jede Obligation gehe mittelbar auf einen Geldwerth. Durchaus irrig aber ist es, wenn er daraus §. 229. die weitere Folgerung zieht, daß durch die Interesseleistung der Gegenstand der Obligation, der Natur der Obligation gemäß, nicht verändert werde!

Innerhalb des Obligationenrechts selbst wieder ist die Interesseleistung keineswegs auf die Obligationen aus Contracten und Quasicontracten beschränkt, sondern sie greift ebensowohl in das Gebiet der Delicte und Quasidelicte ein, da es — noch abgesehen von der condictio furtiva — Delictsobligationen giebt, welche auf ein dare, facere, und sogar pati und nicht bloß auf das Interesse gerichtet sind[176].

Umgekehrt giebt es unmittelbar auf das Interesse gerichtete Contractsobligationen, z. B. wenn das Interesse unmittelbar zum Gegenstande der Obligation gemacht wird. Man kann nur sagen, daß gerade die meisten der Delictsobligationen auf das Interesse gehen.

Wir behandeln demnach im Folgenden:

I. die Interesseleistung wegen Nichterfüllung der Obligation im Zusammenhange mit der obligatio judicati,

II. den Gegenstand der Delictsobligationen in Hinblick auf das Interesse. Daran schließt sich

III. die zeitliche und örtliche Bestimmung der Interesseleistung.

I. Die obligatio judicati.

§. 16.

Charakter und Entstehung.

Durch jedes condemnatorische Urtheil ohne Unterschied entsteht eine neue selbständige Obligation, kraft welcher der Verurtheilte das zu leisten hat, was ihm das Urtheil auferlegt[177]. Der Entstehungsgrund der Obligation ist also lediglich das Urtheil. Auf die vor demselben zurückliegenden Momente, z. B. die etwaige Nichterfüllung der Obligation

176) cfr. l. 7. pr. l. 13. i. f. l. 15. §. 1. l. 16. §. 2. D. quod vi aut clam 43, 24.

177) Keller, Litiscontestation und Urtheil S. 199. v. Savigny, Syst. VI. S. 411.

oder die Nichtbefolgung des Restitutionsbefehls des Judex, kommt es nicht mehr an. Dies wird in einer Reihe von Stellen[178] auf das unzweideutigste anerkannt. So heißt es in der l. 4. §. 7. D. de re judicata 42, 1.:

> Solvisse accipere debemus non tantum eum, qui solvit, verum omnem omnino, qui ea obligatione liberatus est, quae ex causa judicati descendit.

Ferner in der l. 8. §. 3. D. de novat. 46, 2.:

> Celsus ait, judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari. merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur.

Ebenso wird lediglich das Urtheil als Entstehungsgrund der Obligation bezeichnet in der l. 16. §. 6. D. de pignorib. et hyp. 20, 1.: causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi.

Die obligatio judicati wird, wie jede andere Obligation, durch Zahlung getilgt[179]; sie schließt die condictio indebiti aus[180]; sie kann novirt[181] und compensirt[182] werden; ebenso können Bürgen für sie bestellt werden[183]; der paterfamilias haftet aus dem Judicat de peculio[184]; mehrere Mandatoren haften pro parte[185]; das für die ursprüngliche Obligation

---

178) Zu den von Keller a. a. O. S. 199 Not. 3 angeführten Stellen sind hinzuzufügen: l. 8. §. 3. D. de fidej. et mand. 46, 1. l. 23. §. 1. D. de condict. indeb. 12, 6. l. 57. l. 74. §. 2. D. de judiciis, 5, 1. cst. 3. pr. C. de usur. rei jud. 7, 54.

179) l. 74. §. 2. D. de jud. 5, 1. l. 36. D. de fam. ercisc. 10, 2. l. 2. §. 7. 8. D. de hered. vend. 18, 4. l. 37. D. de oper. libert. 38, 1. l. 4. §. 7. D. de re jud. 42, 1. l. 7. D. de solut. 46, 3.

180) l. 29. §. 5. D. mand. 17, 1.

181) l. 29. D. de O. et A. 44, 7.

182) l. 23. §. 1. D. de condict. indeb. 12, 6.

183) l 8. §. 3. l. 41. §. 1. l. 45. D. de fidej. 46, 1.

184) l. 3. §. 11. l. 9. i. f. D. de pecul. 15, 1. l. 57. D. de jud. 5, 1.

185) l. 59. §. 3. D. de fidej. 46, 1.

bestellte Pfandrecht wird durch die obligatio judicati nicht aufgehoben[186] u. dgl. m.

Hiebei ist vorauszusetzen, daß das Urtheil rechtskräftig ist. Auch erzeugt das Laudum der Schiedsgerichte keine obligatio judicati[187].

Die aus dem Urtheile entstehende Obligation ist eine obligatio quasi ex contractu. Dies findet sich ausdrücklich in der l. 3. §. 11. D. de peculio 15, 1. anerkannt:

> Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

Die Stelle hat zunächst nur die obligatio judicati, nicht die Litiscontestation, vor Augen. Sie spricht jedoch allgemein aus, daß die Anstellung und der weitere Verfolg des Processes (das judicium) einen Quasicontract darstelle. Dies bezieht sich dann gleichmäßig auf die beiden Hauptpunkte des Processes: die Litiscontestation und das Urtheil[188]. Als Quasicontract erscheint das Judicium auch unverkennbar in der l. 22. D. de tutelae et ration. 27, 3.

Die durch das Urtheil entstehende Obligation wird durch die actio judicati geltend gemacht.

---

186) l. 13. §. 4. D. de pignor. 20, 1.

187) cst. 1. C. de recept. arbitr. 2, 56. cfr. l. 2. D. eod. 4, 8.

188) v. Savigny, Syst. VI. S. 33 Not. t. bezieht unrichtig die Worte judicati velut obligationem auf „die aus der in der L. C. enthaltenen Stipulation neu entspringende und hier auf die Erfüllung des Judicats gerichtete Obligation." Daher erklärt er auch a. a. O. S. 411 die actio judicati ungenau nur als „die Entwickelung und Vollendung der durch die Litiscontestation begründeten Obligation." Das Urtheil begründet eine selbständige, von der durch die L. C. entstehenden durchaus verschiedene Obligation.

§. 17.
Voraussetzungen.

Einer besondern Erwähnung der Voraussetzungen zur Verurtheilung in das Interesse würde es nicht bedürfen, wenn man dieselben nicht mit der Entstehung der Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse oft verwechselt hätte.

Die Entstehung der Obligation zur Interesseleistung ist keine andere, als die Entstehung der obligatio judicati, da die Verbindlichkeit zur Interesseleistung eben nur in und mit der obligatio judicati entsteht, und nur eine Anwendung von dieser ist.

Die Voraussetzungen der Verurtheilung, welche hier hauptsächlich in Betracht kommen, sind:

1. das Vorhandensein eines Rechts des Klägers zur Zeit der Litiscontestation, und
2. daß der Beklagte den Kläger im Laufe des Processes nicht klaglos gestellt hat.

Die erste Voraussetzung beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß für die Entscheidung über das Recht des Klägers die Zeit der Litiscontestation zu Grunde gelegt wird. Ein späterer Verlust oder Erwerb des Rechts ist daher für die Verurtheilung gleich einflußlos. Es ist daher auch nicht nothwendig, daß das Recht des Klägers zur Zeit der Verurtheilung und mithin des Eintritts der Interesseleistung noch fortwährend besteht[189].

Die nähere Bestimmung jenes allgemeineren Grundsatzes muß der Lehre von der Wirkung der Litiscontestation überlassen bleiben[190].

Nur eine Beschränkung desselben ist die zweite Voraussetzung der Verurtheilung. Wenn auch zur Zeit der Litis-

189) Mommsen II. S. 8, 70. ist in dieser Hinsicht nicht genau.

190) S. Keller, Litiscontest. und Urth. S. 173. flgde. v. Savigny, Syst. VI. §. 261—274.

contestation die Sache sich in einer solchen Lage befand, daß der Verklagte hätte verurtheilt werden müssen, so erfolgt dennoch die Freisprechung, wenn er im Laufe des Processes den Kläger klaglos stellt („si ante rem judicatam post acceptum judicium satisfaciat actori"). Die Meinungsverschiedenheit der alten Juristenschulen bei diesem Punkte Betreffs der stricti juris judicia ist im späteren Rechte beseitigt[191].

Die Klaglosstellung konnte auf die verschiedenste Weise geschehen: bei den actiones arbitrariae, wenn der Beklagte das Arbitrium durch Restitution, Exhibition, Zahlung, noxae deditio oder Bestellung der auferlegten Caution[192] befolgte, bei den nicht arbiträren actiones in personam einfach durch Erfüllung der Obligation. Im Falle der Nichterfüllung oder Nichtbefolgung des richterlichen Befehls trat dagegen die Verurtheilung ein, ohne daß irgendwie auf den Grund der Nichterfüllung oder Nichtbefolgung gesehen wurde.

Der §. 31. I. de act. 4, 6. spricht dies ausdrücklich für die arbitrariae actiones aus: in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debet.

Ebenso wird bei den nicht arbiträren actiones in personam die Verurtheilung lediglich an die Thatsache der Nichterfüllung geknüpft:

l. 11. §. 9. D. de act. empti 19, 1.:
non tradentem, quanti intersit condemnari. Ebenso die l. 1. pr. D. eod.: si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur u. ö.[193]

Aus dem Angeführten ergiebt sich noch mehr die Grundlo-

191) Gaj. IV. §. 118. §. 27. I. de perpet. et temp. 4, 12.

192) l. 7. D. si serv. vind. 8, 5. l. 4. D. de eo quod cert. 13, 4.

193) S. die von Mommsen II. S. 73—83 angeführten Stellen, der jedoch dieselben nur mit Rücksicht auf den Umfang der Interesseleistung betrachtet.

sigkeit der oben S. 26 erwähnten Meinungen, welche die Verbindlichkeit zur Interesseleistung auf eine Verschuldung des Verpflichteten, auf dolus, culpa oder mora gründen wollten. Diese Momente sind nicht einmal unmittelbar Voraussetzungen der Verurtheilung, geschweige denn die Entstehungsgründe der in der obligatio judicati enthaltenen Verbindlichkeit zur Interesseleistung.

Ebenso folgt aus dem Obigen, daß diese Verbindlichkeit nicht als ein Schadensersatz, sondern als die schließliche processualische Entwickelung des Rechts des Klägers aufgefaßt werden muß.

Wenn daher Puchta, Pand. §. 224., lehrt; „Wenn der Werth (eines Gegenstandes) in Folge eines Nachtheils, dessen Ersatz aus irgend einem Grunde gefordert werden kann, zu leisten ist, geht die Aestimation auf den Werth des Gegenstands für den Gläubiger (das Interesse)," so kann die Interesseleistung wegen Nichterfüllung von Obligationen, an welchen Fall er doch vorzugsweise denkt, darunter nicht begriffen werden, da es sich hiebei nicht um einen Schadensersatz handelt. Nur bei Beschädigungen innerhalb von Contractsverhältnissen bilden dolus und culpa selbständige Entstehungsgründe einer Ersatzpflicht. In Bezug auf die geschuldete Sache selbst freilich haben sie auch hier nur die Bedeutung, daß die Obligation perpetuirt wird, wenn die Leistung der Sache durch die Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist[194]. Depositum, Commodat und Pignus unterscheiden sich in dieser Beziehung in Nichts von den Fällen, wo eine dem Gläubiger noch nicht gehörige Sache geschuldet wird; nur steht bei ihnen electiv die Delictsklage, z. B. bei Beschädigung der deponirten oder geliehenen Sache die actio legis Aquiliae, zu[195]. Bei dem durch eine fehlerhafte oder bösartige Eigen-

194) l. 82. §. 1. l. 91. §. 3. seqq. D. de V. O. 45, 1. l. 95. pr. D. de sol. 46, 3. l. 31. §. 11. D. de aedil. Edict. 21, 1. Paulus, R. S. 7. §. 4.

195) . 3. §. 1. l. 10. l. 18. §. 1. D. commod. 13, 6.

schaft der geschuldeten Sache angerichteten Schaden dagegen, oder anderen bei Gelegenheit eines Contractsverhältnisses zugefügten, die geschuldete Sache selbst nicht betreffenden, Beschädigungen sind dolus und culpa unmittelbar Entstehungsgründe der Ersatzpflicht[196].

Nach dem Obigen ist endlich die Interesseleistung wegen Nichterfüllung einer Obligation nicht, wie ältere Meinungen annahmen (s. oben S. 24), von vornherein Gegenstand der Klage, da sie erst durch das Urtheil (per officium judicis) begründet wird[197].

§. 18.

Gegenstand.

Einleitung.

Es erscheint Nichts natürlicher, als daß die Verurtheilung den Gegenstand des zur Entscheidung gebrachten Rechts in sich aufnehme und auf diesen Gegenstand in Natur gerichtet sei.

Nach vorclassischem Rechte ging denn auch die Verurtheilung auf den fraglichen Gegenstand selbst[198]. Hievon wich das classische Recht, offenbar aus Zweckmäßigkeitsgründen, ab. Da in vielen Fällen die Naturalleistung entweder ganz unmöglich ist oder doch sehr leicht durch den bösen Willen des Schuldners vereitelt werden kann, so hätte, wenn auf den Gegenstand selbst verurtheilt wurde, es noch einer besonderen Liquidationsinstanz bedurft, um für die nicht beschaffte Leistung ein Aequivalent in Geld festzusetzen. Dies führte dahin, daß man zur Vereinfachung des Verfahrens die Liquidationsinstanz mit dem Hauptprocesse verband und das Endurtheil sofort auf das Geldäquivalent richtete. Das Bestreben, Weiterungen, und namentlich die Ermittelung des

---

196) l. 22. D. commod. 13, 6. l. 30. D. de pign. act. 13, 7.
197) vgl. Sintenis, Gießen. Zeitschr. Bd. XI. 1838 S. 21. f. 34. f.
198) Gaj. IV. §. 48.

Interesse in der Executionsinstanz zu vermeiden, hat auch in der neueren Proceßgesetzgebung mehr oder weniger Ausdruck gefunden[199]. Auch fehlt es nicht an einem quellenmäßigen Anhalt für den dargelegten Grund der Geldcondemnation[200]. Keineswegs ist dieser in dem Freiheitssinne der Römer zu finden; dem schlechten Schuldner gegenüber kannte das Röm. Recht seit den 12 Tafeln her nur schonungslose Strenge.

Das Princip der Geldcondemnation stand jedoch nicht dem Bedürfnisse der Naturalleistung unvermittelt gegenüber. Da, wo dieses am meisten hervortrat: in den Fällen der arbitrariae actiones, ging dem Endurtheile ein Restitutionsbefehl (pronunciatio) voran, der, wenn er auch, in früherer Zeit wenigstens, nicht exequirt wurde, doch durch indirecte Zwangsmittel (juramentum in litem, Litiscrescenz und Infamie auf den Fall der Nichtleistung) Nachdruck genug erhielt, um den Beklagten zum Gehorsam zu bewegen. Das Princip der Geldcondemnation bestand daher unvermittelt nur für die Fälle, in welchen es sich um Herausgabe von Sachen, die dem Gläubiger nicht bereits gehörten, oder um ein bloßes Thun oder Unterlassen handelte. Die Geldcondemnation war in diesen Fällen erträglich und entsprach vielleicht nicht selten den Interessen des Gläubigers am besten. Man könnte glauben, der Zweck der Geldcondemnation hätte sich ebensosehr erreichen lassen, wenn das Urtheil principaliter auf die Sache selbst und eventuell auf das Interesse gelautet hätte. Allein darin würde, genau betrachtet, eine große Inconsequenz liegen. Durch das Urtheil kann nur das Interesse, wie es zur Zeit des Urtheils ist, festgestellt werden. Dadurch aber, daß principaliter die Naturalleistung geschehen und nöthigenfalls exequirt werden soll, ist von selbst ein späterer Zeitpunkt für die Berechnung des Aequivalents gegeben, nämlich der, wo es feststeht, daß die Naturalleistung nicht erfolgt. Dieser

199) z. B. in der Preuß. Allgem. Gerichtsordnung §. 19. I. 22.

200) cfr. l. 4. §. 3. D. de re jud. 42, 2. vgl. Bethmann-Hollweg, Civilproc. §. 37.

Zeitpunkt ist der in Gemäßheit des Urtheils für das Aequivalent in Betracht kommende. Das Urtheil würde also mit sich selbst in Widerspruch kommen, wenn das Aequivalent nicht nach diesem späteren Zeitpunkte, sondern nach der Zeit des Urtheils bestimmt werden sollte. Geht dagegen die Naturalleistung wie bei den arbitrariae actiones der Geldcondemnation voran, so wird diese Inconsequenz vermieden.

Die Justinianeische Zeit änderte Manches an diesen Grundsätzen. Unbestritten ging bei den actiones arbitrariae auch nach Justinianeischem Rechte das Endurtheil auf Geld, nur daß jetzt das Arbitrium exequirt wurde[201]. In allen übrigen Fällen dagegen, auch die obligationes faciendi eingeschlossen, wurde auf die geschuldete Leistung selbst condemnirt.

Zwar wird noch in zahlreichen Stellen der Compilation früheres Recht vorgetragen und die Geldcondemnation schon an das Ausbleiben der freiwilligen Erfüllung der Obligation geknüpft[202]; jedoch, wie in vielen anderen Materien, können derartige Stellen nur ihrem materiellen Inhalte nach als recipirt angesehen werden, indem die späteren formellen, meist in einzelnen allgemeinen Gesetzen enthaltenen Aenderungen stillschweigend vorauszusetzen sind.

Durch §. 32. I. de act. 4, 6. wird der Richter allgemein angewiesen, auf eine bestimmte Sache oder Geldsumme zu condemniren. Ebenso verordnet die cst. 14. C. de sent. 7, 45. für die Reconvention, der Richter solle: contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare. Hieraus geht hervor, daß insbesondere auch

201) l. 68. D. de R. V. 6, 1. Diese Stelle ist interpolirt, s. Savigny V. S. 123 not. d. Dafür spricht: l. 7. D. si serv. vind. 8, 5. l. 16. §. 3. D. de pign. 20, 1. l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. D. ad exhib. 10, 4. l. 1. l. 2. §. 1. D. de in lit. jur. 12, 2. cst. 21. C. de R. V. 3, 32. Dagegen ist: Bethmann-Hollweg, Proceß S. 329.

202) l. 1. pr. l. 11. §. 9. D. de act. empti, 19, 1. l. 5. §. 1. D. de praescr. verb. 19, 5. cst. 6. C. de hered. vend. l. 4. l. 10. C. de act. empti 4, 49. l. 24. §. 4. i. f. D. locat. 19, 2. l. 27. §. 2. D. mandati 17, 1. u. ö.

bei den obligationes faciendi die Verurtheilung auf die Leistung in Natur gerichtet wurde[203].

Wenn die l. 13. §. 1. D. de re jud. 42, 1. bemerkt: die Geldcondemnation finde bei allen obligationes faciendi statt, so ist dies wieder nur früheres Recht und bezieht sich auf das in der l. 81. pr. D. de V. O. 45, 1. zum Vorschein kommende Bedenken einiger Juristen, ob Stipulationen auf ein Thun ohne Pönalversprechen wirksam seien. Celsus nahm an, daß trotz des mangelnden Pönalversprechens die Stipulation jedenfalls eine Interesseleistung begründe. Von ihm rührt auch die l. 13. §. 1. cit. her, und ist diese daher um so unverfänglicher. Die bekannte cst. 17. C. de fideic. lib. 7, 4. setzt sehr stark die Naturalcondemnation voraus. Mit der letzteren ist auch von selbst die Naturalexecution allgemein anerkannt. Es ist ohne allen practischen Zweck, auch bei obligationes faciendi[204], zuerst auf die Leistung in Natur zu verurtheilen, um die Execution dieses Urtheils versagen und gleich darauf die Interesseleistung substituiren zu wollen. Daß nach Justinianeischem Rechte der Kläger ein Wahlrecht habe, auf die Sache oder das Interesse zu klagen, wird mit Recht von den meisten Schriftstellern verneint[205].

Das heutige Recht geht unbestritten auf Naturalverurtheilung und Naturalexecution. Die Eigenthümlichkeit der arbitrariae actiones ist für uns ebenfalls fortgefallen[206]. Die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse kommt daher heute, und, mit Ausnahme der arbiträren Klagen, auch nach Justinianeischem Rechte, nicht schon mit der Verurtheilung in dem Hauptprocesse, sondern erst in der Liquidationsinstanz zur Sprache; ihre Voraussetzung ist nicht mehr das Unterlassen der freiwilligen Erfüllung, sondern die Fruchtlosigkeit der Na-

203) vgl. besonders Wächter, Erört. II. S. 20, 25.

204) A. M. Wächter S. 25.

205) Derselbe S. 22—24. A. M. Sintenis, Gießner, Zeitschr. Bd. XI. S. 71—76, 81.

206) Wächter a. a. O. S. 26—27. J. R.-A. v. 1654 §. 162.

turalexecution; ihr Grund liegt nicht mehr in einem Quasicontracte, sondern in dem Rechtssatze, daß das Aequivalent eintritt, wenn die Naturalleistung nicht erzwingbar,[206a] wie überhaupt die Annahme eines Quasicontracts auch in anderer Beziehung, namentlich für die Folgen der Litiscontestation, dem Wesen des heutigen Processes nicht mehr entspricht, und an ihre Stelle unmittelbar die Rechtsvorschrift[206b] treten muß.

Dennoch sind die Aussprüche der Quellen für den materiellen Inhalt des zu leistenden Geldäquivalents noch gegenwärtig von Bedeutung, da sich nur die formellen Bedingungen und Voraussetzungen geändert haben. Wir haben daher im Nachfolgenden auf sie einzugehen.

Durch das Unterlassen der Leistung Seitens des Schuldners oder die Erfolglosigkeit der Execution darf die Lage des Gläubigers rechtlich nicht verschlechtert werden. Er würde aber offenbar in seinem Vermögen verkürzt, wenn er nicht Alles das erhalten sollte, was er im Falle der Leistung rechtlich gehabt hätte. Es muß ihm daher nothwendig ein Aequivalent gegeben werden, welches für sein Vermögen dieselbe Wirkung hervorbringt, als die geschuldete Leistung selbst. Diese letztere muß, wenn auch nicht ihrer Substanz nach, so doch der Wirkung und dem Erfolge nach festgehalten werden.

Dies geschieht zunächst formell durch Geld, da sich hierdurch die Vermögenswirkung vollkommen ebenso und sogar noch viel unmittelbarer, als durch die Naturalleistung, erreichen läßt.

Materiell besteht das Aequivalent nothwendig in dem, was der Gläubiger gehabt hätte, wenn die schuldige Leistung geschehen wäre, d. h. in dem Interesse.

206a) In diesem Sinne sind heute die l. 1. pr. l. 11. §. 9. D. de act. empt. 19, 1. u. a. zu deuten (s. Note 193 u. 215). vgl. Code civil art. 1142: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

206b) A. M. v. Savigny, Syst. VI. §. 258. a. E. §. 279.

Durch ein geringeres Aequivalent würde hier die Wirkung der Naturalleistung nicht erreicht.

Man hat für die Fälle, in welchen der Grund der Nichterfüllung nicht in einem Verschulden des Verpflichteten liegt, eine Befreiung des Letzteren aber dennoch nicht eintritt, insonderheit bei der Verpflichtung zur Leistung einer Sache, welche der Eigenthümer nicht veräußern will, oder einer Sache, die ebenso einem Anderen geschuldet wird, das Aequivalent auf den Sachwerth beschränken wollen, indem man davon ausgehen zu müssen glaubte, nicht, was die Leistung für den Gläubiger, sondern, was sie für den Schuldner werth sei[207]. Allein da eben dem Gläubiger und nicht dem Schuldner geleistet wird, vielmehr die Verpflichtung des Schuldners gerade durch das Recht des Gläubigers bestimmt wird, ist die Rücksicht auf den Gläubiger die ausschließlich maßgebende. Es würde dem Wesen der Obligation widersprechen, diese Rücksicht der Rücksicht auf den Schuldner unterzuordnen.

Daß die Nichtleistung eine unverschuldete, ist für das Aequivalent einflußlos. Denn hat dieser Umstand so wenig Bedeutung, wie er es hat, daß trotz desselben der Schuldner zur vollen Leistung verpflichtet bleibt, wie in jedem anderen Falle, so ist nicht abzusehen, warum der Schuldner nicht auch zum vollen Aequivalent verpflichtet sein soll. Mit dem Rechte auf die volle Leistung ist von selbst das Recht auf das volle Aequivalent gegeben[208]. Noch weniger wird hier die Beschränkung auf den Sachwerth durch die Berufung auf das sog. beneficium dationis in solutum gerechtfertigt. Wenn kraft desselben der Schuldner, der Geld nicht zu schaffen vermag, auch nicht durch Verkauf seiner Sachen, dem auf Zahlung dringenden Gläubiger seine besten Sachen nach

207) z. B. Puchta, Pand. §. 240. Arndts, Pand. §. 222. Sintenis, Civilr. II. §. 83. Note 37. (v. Savigny, Obligationenr. I. S. 467 flgde.) Windscheid, Heidelb. krit. Jahrb. II. S. 531 flgde.

208) vgl. auch Mommsen II. S. 71, 100, 111.

richterlicher Taxation an Zahlungsstatt geben darf, so liegt darin nicht im Entferntesten eine Beschränkung des Rechts des Gläubigers. Die Forderung desselben wird zu ihrem vollen und unverkürzten Betrage durch die nach ihrem wahren Werthe zu schätzenden Sachen gedeckt. Anders wäre es, wenn dem Gläubiger für eine nicht beschaffte Sachleistung statt des Interesse nur der Sachwerth geleistet würde. Ebensowenig hat der Schuldner von dem Gläubiger die in Zahlung gegebene Sache zu fordern.

Das beneficium hat also mit der obigen Frage keinen Zusammenhang[209].

Eine andere Meinung sucht die Ausnahmen für gewisse Fälle der Legate aufrecht zu erhalten.

So nimmt Mommsen II. S. 93, 94 an: „der Erbe, welcher wegen eines Hindernisses aus der Zeit vor der Entstehung des obligatorischen Verhältnisses den Gegenstand des Vermächtnisses nicht leisten kann, habe, sofern überhaupt ein Aequivalent zu prästiren sei, nur den reinen Sachwerth zu leisten." Da der Erbe hier nicht so sehr durch seinen eigenen Willen, wie bei Verträgen, als vielmehr durch die Anordnung des Erblassers in das obligatorische Verhältniß hineinversetzt sei, so falle es ihm nicht im Geringsten zur Last, wenn er aus Gründen, die in der Zeit vor der Delation der Erbschaft liegen, die Verbindlichkeit aus dem Legate nicht erfüllen kann. Daß er aber wegen solcher Vermächtnisse, die er nicht erfüllen kann, die Erbschaft ausschlagen solle, könne ihm nicht zugemuthet werden. Es sei keine Unbilligkeit gegen den Vermächtnißnehmer, daß er nur den Sachwerth erhalte, da es sich für ihn um eine causa lucrativa handle, und nur mit Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers das Vermächtniß selbst in Fällen aufrecht erhalten werde, wo bei Verträgen in Folge einer vorhandenen Unmöglichkeit der Leistung eine Nichtigkeit angenommen wird. S. 90, 91.

209) S. Mommsen II. S. 108, 111.

Alle diese Gründe sind aber nicht stichhaltig. Es gilt gleich, ob der Grund der Nichterfüllung schon vor der Delation vorhanden war oder nicht. Der Erbe muß alle die Verbindlichkeiten ihrem vollen Umfange nach erfüllen, welche er durch die Antretung der Erbschaft überkömmt. Wenn das Legat — diese obligatio quasi ex contractu — trotz des schon vor der Delation vorhandenen Hindernisses unverändert aufrecht erhalten wird, so muß der Erbe es auch erfüllen und eventuell das volle Interesse prästiren. Das Recht des Legatars ist deßhalb um Nichts geringer, weil er ex causa lucrativa erwirbt. Der Erbe erhält die Erbschaft ebenfalls umsonst, und ist umsoweniger Veranlassung, daß er die ihm aus der Erbschaft obliegenden Verbindlichkeiten in geringerem Maße erfüllen und sich durch den bloßen Sachwerth befreien können sollte. Daß die Vermächtnisse in Fällen, wo bei Contractsobligationen eine Nichtigkeit begründet wäre, dennoch unverändert aufrecht erhalten werden, ist nur ein Grund mehr, auf die volle Erfüllung durch den Erben zu bestehen.

Die l. 71. §. 3. D. de leg. 1. (30.) und die l. 11. §. 17. D. de leg. 3. (32.), auf welche sich Mommsen S. 94 beruft, legen nicht im Mindesten darauf Gewicht, ob die Hindernisse der Erfüllung schon vor der Delation gegeben waren oder nicht.

Der von Mommsen angeführte Grund, daß der Erbe nur durch die Anordnung des Erblassers in die Obligation hineinversetzt sei, würde nicht weniger auch für die nach der Delation eingetretenen Hindernisse zutreffend sein, besonders, wenn dem Erben das Vorhandensein des Legats unbekannt war. Gleichwohl erklären es die Quellen entschieden für gleichgültig, ob dem Erben das Legat bekannt war oder nicht.

Was endlich die Fälle anlangt, wo das später eintretende Hinderniß in der Person des Vermächtnißnehmers liegt, weil dieser durch factische Gründe verhindert ist, den Gegenstand des Vermächtnisses zu erwerben, so ist hier weniger auffallend,

daß der Erbe nur den Sachwerth zu leisten hat, als, daß nach der Erklärung Mommsen's S. 96 das Vermächtniß trotz der vorliegenden Unmöglichkeit doch unverändert aufrecht erhalten werden soll. Es wäre zu verwundern, daß die Römer nicht einen anderen den allgemeinen Rechtsprincipien entsprechenderen Weg gefunden haben sollten, den muthmaßlichen Willen des Erblassers zu realisiren.

Als eine fernere Klasse von Ausnahmen zieht Mommsen S. 66, 67 noch die Fälle herbei, wo der Schuldner, auch wenn ihm keine Mora zur Last fällt, zur Zahlung von Zinsen, Herausgabe der Früchte u. s. w. verpflichtet ist, z. B. wenn der Käufer für das Kaufgeld von der Zeit der Tradition der Sache an, oder der Schuldner eines Minderjährigen von der Zeit der Begründung der Obligation an Zinsen zahlen, oder der Beklagte den seit der Litiscontestation gemachten Erwerb herausgeben muß. Allein es handelt sich hier nicht um ein Aequivalent für eine Nichterfüllung der Zeit nach, sondern um besondere durch das betreffende Geschäft begründete Nebenobligationen, wie namentlich bei der Litiscontestation die Prästation der omnis causa. Diese Fälle gehören nicht in die vorliegende Frage.

Nach allgemeiner Betrachtung besteht sonach das wegen Nichterfüllung einer Obligation zu leistende Aequivalent nothwendig in dem Geld-Interesse. Inwiefern hiervon Ausnahmen zu machen sind, kann sich nur nach positiven Quellenaussprüchen entscheiden. Wir behandeln demnach:

I. die Stellen, welche die Regel bestätigen,

II. diejenigen, auf welche man sich für die Ausnahmen berufen hat.

Zu I. scheiden zunächst die Fälle aus, in denen es sich nicht sowohl darum handelt, ob das Interesse oder der Sachwerth zu leisten, sondern ob überhaupt eine Verbindlichkeit begründet ist, aus deren Nichterfüllung das Interesse gefordert werden könnte.

So heißt es in der l. 35. pr. D. locati 19, 2. von Dem-

jenigen, der ein fremdes Grundstück betrüglicherweise an Jemand verpachtet hat, daß er von seiner Verbindlichkeit, die Benutzung zu prästiren, nicht frei werde, wenn er auch den Dritten, der die Benutzung hindere, nicht abwehren könne. Daß in diesem letzteren Falle nur ein Erlaß des Pachtzinses stattfinde, gelte nur: de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat. Da in der Stelle des Umstandes, daß betrüglich, per fraudem, verpachtet ist, Erwähnung geschieht, könnte es scheinen, als habe der Verpachter wegen Nichterfüllung des Contracts von seiner Seite nur im Falle des dolus das Interesse zu leisten, dagegen sonst nur den Pachtzins zu erlassen. Es handelt sich aber offenbar nur darum, ob der Verpachter durch die vis major und überlegene Gewalt des Dritten überhaupt von seiner contractlichen Verbindlichkeit frei werde oder nicht.

Es kann daher für die vorliegende Frage gänzlich dahin gestellt bleiben, ob man das: et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit buchstäblich dem alienum praedium per fraudem locaverit gegenüberstellen oder den Nachdruck bloß auf das Wort „alienum" legen will [210].

Ebenso fällt die Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zur Restitution der Pfandsache fort, wenn er die Sache ohne seine Schuld verloren hat, dagegen wird er im entgegengesetzten Falle nicht liberirt und hat demnach auch das Interesse zu leisten. Auch hier interessirt das Vorhandensein einer culpa nur für das Fortbestehen der Obligation selbst [211].

Es scheiden hier ferner die Fälle aus, wo das Interesse unmittelbar Gegenstand einer durch eine dolose oder culpose Handlung innerhalb eines Contractsverhältnisses begründeten Ersatzverbindlichkeit ist, da hier dolus und culpa, wie bei Delicten,

210) vgl. Mommsen S. 79 Note 14.

211) cst. 5. C. de pign. act. 4, 24. l. 9. §. 5. D. de pign. act. 13, 7.

die Gründe selbständiger Verbindlichkeiten sind. Der dolus würde hier außerhalb des Contractsverhältnisses möglicherweise mit der Delictsklage verfolgt werden können. Dahin gehört besonders der durch eine dolose oder culpose vormundschaftliche Verwaltung begründete Ersatzanspruch. Es würde sich hiebei nicht um das Interesse handeln, was der Pupill daran hat, daß der Vormund redlich und sorgfältig gehandelt hätte, sondern um sein Interesse daran, daß das beschädigende Ereigniß, z. B. der Verlust eines Rechts im Processe, nicht eingetreten wäre[212].

Die Regel selbst, daß wegen Nichterfüllung der Obligation das Interesse zu leisten sei, ohne daß es dafür irgendwie auf den Grund der Nichterfüllung ankäme, wird nun in zahlreichen Quellenaussprüchen anerkannt.

Für die arbitrariae actiones ist ein allgemeiner Ausspruch in der l. 68. D. de R. V. 6, 1. enthalten. Die Gründe der Nichtbefolgung des Arbitrium machen hier nur insofern einen Unterschied, als der Kläger im Falle des Dolus des Beklagten zum Juramentum in litem zugelassen wird[213].

Nicht in Widerspruch steht hiemit die l. 36. pr. D. de donat. inter v. et u. 24, 1.: si donatae res extant, etiam vindicari poterunt: sed quia causam possidendi donatio praestitit, nisi reddatur res, aestimatio facienda est justo pretio. Die Verweigerung der Restitution wird hier wegen der voraufgegangenen Schenkung nicht als dolus behandelt, und ist daher das Juramentum in litem ausgeschlossen. Die Worte: justo pretio beziehen sich nur auf die objective richterliche Schätzung[214].

212) cst. 4. cst. 7. C. arbitrium tut. 5, 51. cst. 2. C. de in litem jur. 5, 53. cst. 23. C. de adm. tut. 5, 37. cfr. cst. 5. C. Th. de adm. tut. 3, 30. l. 25. D. de adm. et peric. 26, 7. l. 15. §. 9. l. 16. 17. 18. D. locati 19, 2. vgl. Mommsen, S. 81, 82, der jedoch diese Fälle mit der Interesseleistung wegen Nichterfüllung in Verbindung bringt.

213) cfr. l. 2. §. 1. D. de in litem jur. 12, 3.

214) So auch Mommsen S. 103 gegen Puchta, Vorl. §. 425. Ebendahin gehört der Fall der l. 89. §. 7. D. de leg. 2. (31.)

Für die bonae fidei judicia wird die Regel vielfach durch einzelne Beispiele, namentlich für den Kauf, außer allen Zweifel gestellt[215]. Es kann in dieser Hinsicht auf die gründlichen Ausführungen Mommsen's S. 72—83 verwiesen werden.

Von den Condictionen konnte die condictio certi der Natur der Sache nach immer nur auf das certum, die bestimmte Summe baaren Geldes gehen, welche ihr zu Grunde lag[216]. Eine der Obligation beigefügte Zeit- und Ortsbestimmung alterirte, falls sie nur die Bedeutung einer Erfüllungsmodalität hatte, den Charakter der condictio certi nicht[217].

Unstreitig ging die condictio incerti immer auf das Interesse, insbesondere wird dies vielfach für eine ihrer Anwendungen, die actio ex stipulatu, anerkannt[218]. Die einer Geldobligation beigefügte Bestimmung des Orts, der Zeit oder der Person bewirkte, wenn sie einen integrirenden Theil der Obligation selbst bildete, stets ein incertum[219].

Streitig ist, ob die Condiction einer Sache außer baarem Gelde auf das Interesse gerichtet war. Es ist kein practischer Grund, hier von der Regel abzugehen. Der strenge Charakter einer Klage kann nur umsomehr dahin führen, das Recht des Gläubigers auf das Interesse zu wahren[220].

---

215) Für Kauf: l. 1. pr. l. 11. §. 9. l. 43. D. de act. empti 19, 1. cst. 4. 10. 12. C. de act. empti 4, 49. cst. 17. C. de fide instrum. 4, 21. cst. 6. C. de hered. vend. 19, 1. l. 8. l. 60. l. 66. §. 3. l. 67. l. 70. D. de evict. 21, 2. Für Tausch: l. 5. §. 1. 2. l. 7. D. de praescr. verb. 19, 5. cst. 6. C. de transact. 2, 4. Für Pacht und Miethe: l. 7. 8. 15. §. 8. l. 33. 24. §. 4. i. f. D. locati 19, 2. Für Societät: l. 41. 42. D. pro socio 17, 2. Für Mandat: l. 27. §. 2. D. mand. 17, 1. Für negot. gestio: l. 21. §. 3. l. 28. D. de neg. gest. 3, 5. u. s. f.

216) S. Mommsen S. 84.

217) l. 22. D. de R. C. 12, 1. l. 4. D. de cond. trit. 13, 3.

218) S. v. Savigny, System V. S. 618. Mommsen S. 85. §. 7. I. de V. O. 3, 15. l. 43. D. de jud. 5, 1. l. 13. pr. D. de re jud. 42, 1. l. 68. l. 72. l. 81. pr. l. 112. §. 1. l. 133. l. 135. §. 3. D. de V. O. 45, 1.

219) l. 118. §. 2. D. de V. O. 45, 1.

220) So v. Savigny, Syst. V. S. 613. Wächter, Erörter. 2. S. 73

Die Condemnation war daher bei allen Arten von Klagen regelmäßig auf das Interesse gerichtet.

II. Die Ausnahmen von dieser Regel anlangend, so hat man zur Begründung derselben die heterogensten Fälle, bei welchen der Sachwerth in irgend einer Function vorkam, herbeigezogen. Es sind zunächst vorweg die Fälle auszuscheiden, in denen der Sachwerth nicht als ein Aequivalent für die Nichterfüllung einer vorhergehenden Obligation geleistet wird.

Dahin gehören zuerst die Fälle, wo überhaupt nicht einmal ein Sachwerth, also auch nicht als Aequivalent für die Nichterfüllung einer Obligation geleistet wird.

Wenn nach der lex Rhodia de jactu die geretteten Waaren nach ihrem Verkaufswerthe, das Schiff nach seinem wahren Werthe und die geworfenen Waaren nach ihrem Einkaufspreise in Anschlag kommen, so geschieht es, um den verhältnißmäßigen Theil des Einkaufspreises zu ermitteln, welcher bei der Repartition des Schadens auf den Eigenthümer der geworfenen Waaren fällt. Ebenso dient bei der actio quanti minoris die Schätzung der Sache zur Bestimmung des an den Käufer zurückzuzahlenden verhältnißmäßigen Theils des Kaufpreises.

Aehnliche Zwecke hat die Schätzung, wenn es darauf ankommt, zu welcher Höhe eine Peculienklage gegen den dominus angestellt werden kann, oder ob, und eventuell zu welchem Betrage, der Vermächtnißnehmer sich einen Abzug ex lege Falcidia gefallen lassen muß, ferner ob zu einer Schenkung die Insinuation erforderlich u. dgl. m. Der Sachwerth ist hier nur Maßstab der Schätzung und wird nicht selbst geleistet.

Der eigentlichen Leistung des Sachwerths stehen die Fälle näher, wo derselbe den Annahmepreis bildet, zu welchem

---

Note 49. Mommsen S. 86—89. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. S. 143 Note 9. G. F. Puchta. Instit. II. §. 165. Note r.

der Pfandgläubiger das Pfand auf die Pfandschuld, der Gläubiger die kraft des beneficii dationis in solutum offerirten Sachen des Schuldners annimmt, oder bei Theilungsklagen dem einen Interessenten zur Ausgleichung gemeinschaftliche Sachen übereignet werden. Geleistet wird hier der Sachwerth eigentlich nicht. Die Sache dient hier vielmehr nur als Zahlungsmittel.

Dagegen ist der Sachwerth Gegenstand einer Leistung, wenn er unmittelbar durch Willenserklärung oder Rechtsvorschrift zum Gegenstande einer Obligation gemacht ist, z. B. wenn er für die erzwungene Abtretung eines Nothweges ad sepulchrum[221], oder bei der zwangsweise erfolgten Freilassung eines Sclaven[222], oder in Folge der richterlichen Abschätzung einer dos aestimata[223] zu leisten ist. Der Sachwerth ist hier auch unzweifelhaft Aequivalent, nur nicht für die Nichterfüllung einer vorhergehenden, auf die Sache gerichteten, Obligation; eine solche ist nicht vorhanden.

Nicht minder handelt es sich in folgenden Fällen nur um eine unmittelbar auf den Sachwerth gerichtete Obligation.

Gegenstand eines Erbschaftskaufs ist im Allgemeinen das, was bis zur Zeit des Abschlusses des Kaufs aus der Erbschaft auf den Verkäufer gekommen ist[224]. Wenn der Verkäufer vor dem Abschlusse des Geschäfts Erbschaftssachen verkauft hat, so wird angenommen, daß der Kaufpreis derselben auf ihn gekommen ist, und hat er deßhalb diesen dem Käufer herauszugeben. Es wird nun weiter angenommen, daß ebenso billigerweise der Verkäufer auch dann den Werth der Sachen zu zahlen hat, wenn er sie vor dem Verkaufe der Erbschaft nur verschenkt hat. Denn dem Erbschaftskäufer

221) l. 12. pr. D. de relig. 11, 7.

222) z. B. l. 16. D. de S. C. Silan. 29, 5.

223) l. 6. §. 2. D. de jure dot. 23, 3.

224) l. 2. §. 1. D. de hered. vend. 18, 4.: — plerumque hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.

gegenüber macht es offenbar keinen Unterschied, ob die Sachen verschenkt oder verkauft sind; der Verkäufer hätte statt zu schenken auch verkaufen können; auch der Werth der verschenkten Sache gilt als auf den Verkäufer aus der Erbschaft gekommen[225]. Der von dem Verkäufer zu leistende Werth der verschenkten Sache ist also, wie der Kaufpreis der verkauften Sache, unmittelbar Gegenstand der Obligation.

Ebenso verhält es sich bei alternativen Obligationen, indem hier der Schuldner, wenn der eine Gegenstand ohne seine Schuld untergegangen ist, nur verpflichtet ist, electiv den Werth des letzteren oder den anderen Gegenstand zu leisten. Der untergegangene Gegenstand wird nicht mehr geschuldet; der an dessen Stelle zu leistende Sachwerth ist allerdings ein Aequivalent, aber nicht für Nichterfüllung einer auf jenen Gegenstand noch bestehenden Obligation[226].

Endlich handelt es sich auch in der l. 62. D. de jure dot. 23, 3. nur um eine direct auf den Sachwerth gerichtete Obligation.

Wenn die minderjährige Ehefrau gegen ein Tauschgeschäft restituirt wird, kraft dessen sie ein ihrem Manne in dotem gegebenes Grundstück erworben hatte, so ist die Restitution nur möglich, wenn der Mann das Grundstück zum Zwecke der Restitution herausgiebt. Ueberdies hat die Frau durch die Hingabe des Grundstücks an den Mann ihrer Dotalpflicht bereits genügt. Die Restitution erstreckt sich, wie Mommsen S. 114 richtig hervorhebt, mittelbar auch auf die Dotalbestellung. Dagegen muß billigerweise dem Ehemanne ein Surrogat durch den Werth des Grundstücks gegeben werden. Das Grundstück selbst zurückzugeben oder dem Manne zu belassen, ist die Frau, die ja eben restituirt wird, nicht ver-

---

225) l. 2. §. 3. eod. — Pervenisse.

226) l. 47. §. 3. D. de legat. 1. (30.) l. 95. §. 1. D. de solut. 46, 3.

pflichtet. Es kann daher auch von der Nichterfüllung einer derartigen Verbindlichkeit keine Rede mehr sein[227].

Wichtiger sind die für die behauptete Ausnahme angeführten Fälle der Vermächtnisse.

1. Nach mehreren Stellen soll bei Legaten, die ungültig[228] oder doch später erloschen[229] sind, nach dem muthmaßlichen Willen des Erblassers entschieden werden, ob der Legatar in Ermangelung der Sache deren Werth erhalten soll. Demgemäß wird in Fällen, wo der Legatar die Sache wegen mangelnden Commerciums nicht erwerben kann, oder das Legat kraft positiven Verbots, wie bei vermachten Bestandtheilen eines Gebäudes, ungültig ist, angenommen, daß der Erbe nur den Sachwerth zu leisten habe[230]. Dasselbe gilt, wenn die Leistung aus factischen Gründen unmöglich ist und die Obligation auf die Sache selbst mithin nicht aufrecht erhalten werden kann[231].

Es leuchtet ein, daß der Sachwerth hier Gegenstand einer selbständigen Obligation ist, da eine Obligation auf die Sache wegen Ungültigkeit des Legats überhaupt nicht begründet oder wegen späterer Unmöglichkeit der Leistung wieder fortgefallen ist. Die Leistung beruht hier lediglich auf dem muthmaßlichen Willen des Testators, indem man annimmt, dieser habe dem Legatar in Ermangelung der Sache deren Werth zuwenden wollen.

Diese Auffassung wird auch durch die vielgenannte l. 11. §. 16. 17. D. de legat. 3°. (32.) bestätigt: Ulpian erörtert

---

227) vgl. über alle die behandelten Fälle Mommsen II. S. 104—114. Mit Unrecht widerspricht Demselben die Kritik Windscheid's, a. a. O. S. 534.

228) l. 112. D. de leg. 1°. (30.)

229) l. 21. §. 1. D. de leg. 1°. (32.), in welcher das Legat durch concursus duarum causarum lucrativarum aufgehoben wird.

230) l. 40. D. de leg. 1°. (30.) l. 49. §. 2. D. de leg. 2°. (31.) cfr. l. 62. D. de acq. rer. dom. 41, 1. l. 34. D. de V. O. 45, 1. l. 41. §. 4. D. de leg. 1°. (30.)

231) l. 11. §. 16. 17. D. de leg. 1°. (30.)

in dieser Stelle, inwiefern das an sich ungültige Legat einer militia an einen fremden Sclaven aufrecht zu erhalten sei. Er nimmt für den Fall, daß die Eigenschaft des Sclaven dem Testator bekannt war, als muthmaßlichen Willen desselben an, daß dem Herrn des Sclaven der Werth der militia verschafft werden sollte; dagegen versagt er jeglichen Anspruch aus dem Legate, wenn der Testator die Eigenschaft des Sclaven nicht kannte: quia, si scisset servum, non reliquisset.

Im §. 17. cit. knüpft alsdann Ulpian hieran den allgemeinen Grundsatz:

> (Ex his apparet) cum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum, quod relictum est, cum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam.

Das Vermächtniß löst sich demgemäß in Fällen der angegebenen Art in eine zwiefache Bestimmung auf: in eine principale auf die Sache selbst gerichtete, und in eine eventuell, für den Fall, daß die erstere nicht statthaft sein sollte, gegebene. Aus der letzteren allein entsteht bei dem Eintritte dieses Falles eine Obligation. Gegenstand des Legats ist alsdann in Wahrheit auch nur der in dieser enthaltene Sachwerth.

Mommsen S. 93 wendet zwar gegen die obige Auffassung, wenigstens soweit sie die, auf Verhältnissen in der Person des Vermächtnißnehmers beruhende Unmöglichkeit betrifft, ein, daß in dem Falle der l. 114. §. 5. D. de leg. 1°. (30.) das Recht des Vermächtnißnehmers davon abhängig gemacht sei, daß ein Anderer den Gegenstand erwerben könne[232], auch die Gründe, welche dem Erwerbe entgegenstehen, sehr häufig vorübergehender Natur sein werden. Allein die Stelle nennt gerade Hindernisse von dauernder Beschaffenheit, z. B. körperlicher Mangel des Honorirten oder eine gewisse, den Erwerb in seiner Person hindernde, Qualität der Sache.

232) — alius tamen hoc (sc. jus legatum) habere potuit.

Daß aber bei dem Legate vorausgesetzt wird, daß ein Anderer die Sache erwerben könne, bezieht sich offenbar darauf, daß bei Sachen, die ihrer Natur nach Niemand erwerben kann, z. B. res publicae u. s. w., das Legat nichtig ist, und nicht einmal daraus eine Verbindlichkeit zur Leistung des Sachwerths entstehen würde[233].

Es ist auch kein Grund, die Fälle, wo die Unmöglichkeit in der Person des Berechtigten liegt, von denen, wo sie in der Sache selbst beruht, für welche Mommsen (S. 93 Note 7) die hier vertheidigte Auffassung theilt, zu unterscheiden.

2. Eine zweite Reihe von Fällen bilden die, wo die Obligation auf die Sache und die Obligation auf den Werth electiv nebeneinander bestehen.

Wenn ein quoter Theil des Vermögens legirt ist, so ist der Erbe nur verpflichtet, nach seiner Wahl entweder die Theile der einzelnen Vermögensstücke in Natur oder deren Werth zu leisten, vorausgesetzt, daß die einzelnen Vermögensstücke theilbar sind. Sind sie dies nicht, so hat der Erbe unbedingt den Werth zu leisten. Der Sachwerth ist hier offenbar Gegenstand einer selbständigen Obligation[234].

Wenn ferner eine und dieselbe Sache Zweien in solidum vermacht ist, so erhält der Eine die Sache, der Andere den Werth[235]. Es wird ausdrücklich ausgesprochen, daß, wenn dem Einen die Sache geleistet ist, der Andere kein Recht mehr auf die Sache selbst, sondern nur noch auf den Werth hat[236]. Da die ursprüngliche Obligation somit aufgehoben ist, kann von einem Aequivalent wegen Nichterfüllung

---

233) s. §. 4. I. de leg. 2, 20.

234) l. 26. §. 2. D. de leg. 1°. (30.)

235) l. 33. D. de legat. 1°. (30.): — uni pretium, alii ipsa res adsignatur: electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est.

236) l. 20. D. de legat. 3°. (32.): — si alteri sit soluta, alterum nullum quidem jus in ipsam rem habere, sed actionem de pretio integram eum habere.

derselben nicht mehr die Rede sein. Die Obligation auf den Werth ist unabhängig von der auf die Sache.

Dem widerspricht scheinbar die l. 36. §. 3. D. de legat. 1. (30.): Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur. Die Stelle bezieht sich, wie aus dem Zusammenhange mit dem voraufgehenden §. 2. und der Motivirung der Entscheidung hervorgeht, auf den Fall, wo beiden Legatarien conjunctim, und also nicht in solidum legirt ist. Der Jurist will darauf hinweisen, daß der Schuldner, trotzdem er zur Ungebühr dem einen Legatar statt des Theils das Ganze geleistet hat, doch durch das casuelle Ereigniß liberirt wird, weil ihn keine Schuld trifft[237]. Die l. 114. §. 19. D. de legat. 1. (30.) betrifft den Fall, wo die zwar in solidum geschuldete Sache noch nicht dem Einen oder Anderen geleistet und mithin noch Jeder gleichmäßig zur Sache berechtigt ist.

3. Eine dritte Reihe von Fällen: die des Legats einer fremden Sache hat man vorzugsweise für die Beschränkung des Aequivalents auf den Sachwerth angeführt. Folgende Stellen können über die quellenmäßige Auffassung dieser Fälle nicht im Zweifel lassen:

> §. 4. I. de legatis 2, 20.: etiam aliena (res) legari potest, ita, ut heres cogatur redimere eam, et praestare, vel, si eam non potest redimere, aestimationem ejus dare.
>
> Ebenso Gajus II. §. 262.: Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem ejus solvere, sicut juris est, si per

237) Ganz derselbe Gedanke findet sich des Oefteren in den Quellen ausgesprochen, z. B. in l. 45. D. de O. et A. 44, 7. l. 21. D. de hered. vend. 18, 4.

damnationem aliena res legata sit. sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extingui fideicommissum.

Fast gleichlautend ist §. 1. I. de sing. reb. 2, 24. l. 14. §. 2. l. 30. §. 6. D. de leg. 3°. (32.). Gaj. Epit. II. 5. §. 2.

Aus diesen Stellen geht unwidersprechlich hervor, daß der Erbe nicht unter allen Umständen die fremde Sache zu leisten hat, sondern, falls er sie nicht beschaffen kann, nur zur Erlegung ihres Werthes verpflichtet sein soll. Es werden sonach durch ein solches Vermächtniß zwei selbständige Obligationen begründet, von denen die zweite eintritt, wenn es dem Erben relativ unmöglich ist, die erste zu erfüllen. Dem Sinne und Wortlaute der Stellen nach wird diese zwiefache Obligation durch die Worte: vel, und aut—aut deutlich unterschieden. Zu dieser Auffassung stimmt auch die von Gajus erwähnte Ansicht einiger Juristen, daß das Fideicommiß einer fremden Sache gänzlich erloschen sein soll, wenn der Fall eintritt, daß der Eigenthümer die Sache nicht verkaufen will, da nach dem präsumtiven Willen des Testators die Sache nur unter der Voraussetzung, daß der Eigenthümer sie verkaufen will, zu leisten ist.

Offenbar beruht es wieder auf der dem römischen Rechte eigenthümlichen, freien Auslegung des Willens des Testators, daß angenommen wird, dieser habe dem Erben jedenfalls den Werth der Sache zuwenden wollen. Dies folgt auch aus den Voraussetzungen zur Gültigkeit eines solchen Vermächtnisses. Nur dann entsteht ein Recht aus demselben, wenn der Testator die Eigenschaft der Sache als einer fremden kannte. Kannte er sie nicht, so wurde es als sein muthmaßlicher Wille angesehen, daß, wenn er gewußt hätte, daß die Sache eine fremde sei, er sie nicht legirt haben würde.

Von dem Falle des Legats einer fremden Sache ging man auf andere Fälle über, und nahm allgemein an, daß der Erbe bei Legaten, wo es ihm aus einem triftigen Grunde

(relativ) unmöglich ist, die legirte Sache selbst zu leisten, nur zur Leistung ihres Werths verpflichtet sein soll, z. B. wenn ihm zugemuthet wurde, seinen natürlichen Sohn oder Vater an den Legatar herauszugeben. Dagegen wurde seinen Gefühlen nicht in gleicher Weise Rechnung getragen, wenn es sich um eine Sache handelte, für die er nur eine besondere Vorliebe hatte.

Man ging von dem tief in der Billigkeit beruhenden Grundsatze aus: der Testator habe, indem er gegen Dritte freigebig sein wollte, den Erben nicht in seinen theuersten Gefühlen kränken oder ihm Verlegenheiten bereiten wollen. Diesen Grundsatz bestätigt der Ausspruch der l. 71. §. 3. D. de legat. 1°. (30.):

> Qui confitetur, se quidem debere, justam autem causam adfert, cur utique praestare non possit, audiendus est (folgen die erwähnten Beispiele), aequissimum est enim, concedi ei ex causa, aestimationem officio judicis praestare.

Processualisch handelte es sich in solchen Fällen, wenn der Erbe geständig war, nur noch um ein arbitrium liti aestimandae[238].

Aus dem entwickelten Principe der Legate geht zugleich hervor, wie ungerechtfertigt es ist, die auf die erwähnten Legatsfälle bezüglichen Entscheidungen auf andere Legate oder gar auf die eigentlichen Contractsobligationen auszudehnen. Die vielverbreitete Theorie, daß allgemein der Schuldner, wenn es ihm ohne seine Schuld nicht möglich ist, die geschuldete Sache zu leisten, nur zu dem bloßen Sachwerthe verpflichtet sei, stellt sich demnach lediglich als eine unrichtige Abstraction aus den erwähnten Legatsfällen dar. So wohlbegründet der Satz in diesen Fällen ist, führt er, auf andere

---

238) S. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte II. S. 217, l. 30. §. 6. D. de leg. 3°. (32.) l. 71. §. 3. D. de leg. 1°. (30.)

Fälle übertragen, zu einer crassen Verletzung des Rechts des Gläubigers[239].

4. Es bleiben endlich noch einige Fälle, in denen der Erbe wirklich zur Leistung der legirten Sache selbst verpflichtet ist, er sich aber die Leistung durch eine freie Handlung seinerseits unmöglich gemacht hat.

Es wird wiederholt, ganz in Uebereinstimmung mit den für Obligationen überhaupt geltenden Grundsätzen, ausgesprochen, daß der Erbe sich nicht damit entschuldigen könne, daß er nicht gewußt habe, daß die Sache legirt sei. Es wird gesagt, er hafte, mag er gewußt haben oder nicht. Gegenstand der Condemnation ist hier nach allgemeinen Grundsätzen unzweifelhaft das Interesse.

In einigen Stellen heißt es nun: der Erbe hafte in diesen Fällen auf den Werth.

l. 41. §. 16. D. de leg. 1°. (30.): Sed si heres ea (quae legata sunt, aedibus) junxit, puto non extingui (legatum).

l. 42. eod.: Sive sciit sive ignoravit.

l. 43. eod.: Senatus enim ea, quae sunt aedium, legari non permisit. haec autem mortis tempore aedium non fuerunt. heres ergo aestimationem praestabit.

Der Zusammenhang lehrt, daß es dem Juristen hier nur darauf ankam, darzuthun, daß der Erbe trotz seiner Unwissenheit und trotz des Verbots des Senats dennoch aus dem Legate verpflichtet bleibe. Eine exacte Bestimmung des Inhalts dieser Verpflichtung lag hier fern. Ebenso will die l. 112. §. 1. D. eod. auch nur überhaupt die Verpflichtung des Erben aussprechen. Ein sicherer Schluß auf den Inhalt der Verpflichtung läßt sich daher aus diesen Stellen nicht ziehen.

---

239) S. auch Mommsen S. 100.

Diese Auffassung wird nun überzeugend durch die l. 25. §§. 2. 3. D. ad SC. Treb. 36, 1. bestätigt. Der Erbe, der einen Sclaven aus einer Erbschaft, die er zu restituiren hat, freiläßt, soll auf das „pretium“ haften. Nach dem bloßen Buchstaben könnte man meinen, der Erbe sei nur zum Sachwerthe verpflichtet. Wie irrig aber dieser Schluß, zeigt sogleich der darauf folgende §. 3., wonach der Erbe, resp. dessen Erben nach seinem Tode, auch den Werth einer dem Sclaven deferirten Erbschaft ersetzen sollen, welche der Fideicommissar erhalten hätte, wenn der Sclav nicht freigelassen worden wäre. Es wird also, trotzdem anfänglich nur von einem pretium die Rede war, dennoch das volle Interesse prästirt! Ebenso erklärt sich die von der Restitution der Erbschaft selbst handelnde l. 63. §. 1. D. ad SC. Treb. 36, 1. („si ob id, quod non restituerit, aestimatione hereditatis condemnatus fuerit“) und ferner die l. 89. §. 7. D. de leg. 2. (31.)[240].

Es kommt hinzu, daß bei Legaten in den meisten Fällen das Interesse nur gerade in dem Sachwerthe bestehen wird. Die Ausdrücke aestimatio und pretium werden überdies auch öfter ungenau für das Interesse gebraucht[241].

Da überdies die l. 25. §. 2. D. cit. 36, 1. hervorhebt, daß der Fideicommissar durch die Handlungen des Erben nicht Schaden leiden dürfe („ne factum cujusquam alteri damnum adferat“), ist umsoweniger anzunehmen, daß in den gedachten Fällen die Verurtheilung sich auf den bloßen Sachwerth beschränkt habe. Daher wird auch in der l. 63. D. de leg. 2. (31.) (dem Falle eines Vindicationslegats) der Erbe durch eine actio in factum zur Schadloshaltung verpflichtet,

---

240) Die in dieser Stelle hervorgehobene „justa ignorantia tam mulieris quam emptoris“ schützt gegen das juramentum in litem des vindicirenden Fideicommissars. cfr. l. 36. pr. D. de donat. inter v. et ux. 24, 1. l. 39. D. de mort. c. don. 39, 6. l. 15. §. 1. 2. D. de R. V. 6, 1.

241) S. Mommsen S. 68, 69.

wenn er die legirte Sache, ohne von dem Legate Kenntniß zu haben, zum Begräbnisse verbraucht hat[242].

Eine Ausnahme von der Regel, daß die Condemnation wegen Nichterfüllung einer Obligation auf das Interesse zu richten sei, findet sich somit nach dem Obigen nirgends begründet. In vielen Fällen erschien der Sachwerth zwar als Aequivalent, aber keineswegs als Aequivalent für die Nichterfüllung einer auf Leistung einer Sache gerichteten Obligation[243].

§. 19.

II. Gegenstand der Delictsobligationen.

Nach moderner Rechtsanschauung besteht die civilrechtliche Wirkung der Delicte in der Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Sie spricht sich aus in dem Grundsatz: Wer einen Andern widerrechtlich beschädigt, muß ihm Genugthuung leisten.

Dieser Gesichtspunkt ist dem Römischen Recht durchaus fremd. Die civilrechtliche Wirkung der Delicte ist nach Römischer Auffassung nicht Schadensersatz, sondern ausschließlich Privatstrafe. Der Zweck der Entschädigung wurde nur mittelbar durch die Strafe erreicht, insofern die Strafleistung für den Beschädigten zugleich den Erfolg eines Schadensersatzes bewirken konnte.

Die Eigenthümlichkeit dieser Auffassung findet ihre historische Anknüpfung in der alten Privatrache[244]. Sie wurde erhalten und fortgepflanzt durch die Eigenthümlich-

242) cfr. l. 9. §. 4. i. f. D. ad exhib. 10, 4. l. 1. §. 4. D. ut legator. 36, 4.

243) Es ist nicht zu billigen, wenn Windscheid, S. 534 Note *, auf den bloßen Umstand hin, daß der Sachwerth als Aequivalent erscheint, Ausnahmen statuiren will. Es kommt darauf an, wofür er Aequivalent ist. Es handelt sich darum, auf was wegen Nichterfüllung einer Obligation condemnirt wird.

244) S. v. Savigny, Obligationenr. II. S. 302 not. b. Ihering, Geist des Röm. Rechts I. S. 131.

keiten des Römischen Criminalrechts. In diesem waren die delicta publica und die delicta privata scharf von einander gesondert. Nur die ersteren waren öffentlichen Strafen unterworfen, wogegen für die letzteren keine andere, als die dem Verletzten zu erlegende Privatstrafe bestand. Der Unterschied zwischen Strafe und Ersatz konnte bei diesem Verhältnisse nicht zum Durchbruch gelangen. Da der Verletzte die den Betrag des erlittenen Schadens oft weit übersteigende Strafe erhielt, war keine Veranlassung, ihm, neben dieser noch einen besonderen Ersatzanspruch zu verschaffen.

Eine erhebliche Aenderung trat ein, als unter der Kaiserzeit dem Verletzten die Wahl zwischen der bisherigen Privatklage und einer öffentlichen Anklage für ein crimen extraordinarium gegeben wurde[245]. Dieser letzte Weg führte zu einer Sonderung des Ersatzes von der Strafe: der Criminalrichter verschaffte dem Verletzten zunächst den Ersatz, und verhängte alsdann nach seinem Ermessen die öffentliche Strafe.

Das System der Privatstrafen blieb daher nur noch auf die Fälle beschränkt, wo der Verletzte nicht die öffentliche Bestrafung nachgesucht hatte.

Im heutigen Rechte, wo der Unterschied zwischen Privat- und öffentlichen Delicten vollends, etwa mit Ausnahme der Injurienklagen, verschwunden ist, haben auch die Privatstrafen ihre practische Bedeutung verloren[246].

Wenn nun gleich die Römer die Delictsklagen nur als Strafklagen auffaßten, so wäre doch Nichts ungerechtfertigter, als die Annahme, daß sie an einer irrigen Verwechslung des Schadensersatzes mit der Strafe laborirt hätten[247]. Der Begriff des Schadensersatzes wird von ihnen bei Beschädigungen innerhalb von Contractsverhältnissen auf das schärfste den Strafklagen aus Delicten gegenübergestellt. Handlungen,

245) vgl. v. Savigny, Obligationenr. II. S. 307.
246) Derselbe a. a. O. S. 312—329.
247) S. z. B. selbst v. Savigny, Syst. V. S. 50.

welche ein selbständiges Delict darstellen, erzeugen innerhalb von Contractsverhältnissen eine Verbindlichkeit zum Schadensersatze völlig im modernen Sinne. Höchst bezeichnend ist in dieser Hinsicht die l. 49. D. de O. et A. 44, 7.:

> Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est.

Die aus einem solchen Delicte entspringende Klage wird in der l. 7. §. 1. D. depositi 16, 3. mit voller Wirkung als rei persecutoria bezeichnet.

Nur gerade für eigentliche Delictsklagen sollte die Scheidung zwischen Ersatz und Strafe nicht vorgenommen werden. Der historische Entwickelungsgang des Röm. Strafrechts führte nothwendig zu der Auffassung der Delictsklagen als Strafklagen. Das Gebiet der Delictsobligationen war ein Theil des Röm. Strafrechts.

Die Privatstrafe konnte verschiedener Natur sein. Sie konnte bestehen in dem Verluste eines Rechts des Beschädigers[248], oder in der Begründung einer Strafklage für den Verletzten. Die letztere Art von Strafen bildet das Gebiet der Delictsobligationen.

Von diesem scheidet vorweg die condictio furtiva und die ihr gleichstehende actio rerum amotarum aus, denn ihre Entstehung ist ein Quasicontract, zu dem das Delict nur den Anlaß gab[249].

Die eigentlichen Delictsklagen zerfallen in zweiseitige und einseitige Strafklagen. Der Pönalcharakter ist beiden gemeinsam. Ihr Unterschied bezieht sich nur auf ihre zufällige Wirkung für das Vermögen des Verletzten. Die zweiseitigen haben eine Veränderung des Vermögenszustandes beider Theile zur Folge: der Verletzte wird um so viel reicher, als der Verletzer ärmer wird.

248) z. B. Verlust der Forderung bei Eigenmächtigkeit des Gläubigers, s. v. Savigny, Obligat. II. S. 299.

249) S. v. Savigny V. S. 556.

Die einseitigen Strafklagen dagegen bewirken für den Verletzten nur Ersatz für einen erlittenen Schaden[250]. Die Vermögenswirkung verbindet sich bei beiden Arten jedoch nur zufällig und nebenher mit ihrem eigentlichen Zwecke. Auch die einseitigen Strafklagen sind ihrem Wesen nach pönal, und nur ihrer Wirkung nach ersatzbegründend. Diese ihre doppelte Function wird in den Quellen ausgedrückt durch die Worte: Poenae nomine concipiuntur, rei continent persecutionem, sie werden als Strafe gedacht, und bewirken indirect Ersatz[251].

Für ihren Charakter ist nur das entscheidend, als was sie gedacht sind. Manche Delictsklagen werden als aus Strafe und Ersatz gemischt, mixtae, bezeichnet. Allein auch sie sind ihrem Charakter und Wesen nach wahre Strafklagen. So wird die unter den mixtae actiones aufgeführte actio legis Aquiliae an einer entscheidenden Stelle, wo es sich um die Feststellung ihrer rechtlichen Wirkungen handelt, unbedingt als actio poenalis bezeichnet[252].

Die Strafnatur der Delictsklagen findet sich auch in vielen Beispielen anerkannt. Abgesehen von den bekannteren Fällen der lex Aquilia, der actio furti und vi bonorum raptorum[253] findet eine Strafklage statt gegen den, der fälschlich als Vormund aufgetreten ist[254], oder als Vormund sich einer Untreue schuldig gemacht[255], oder den, der den Besitz, in welchen er als Gläubiger eingewiesen ist, verschlechtert hat[256]. Ferner gehört die actio

---

250) vgl. v. Savigny, System V. S. 38. Obligationenrecht II. S. 296.

251) l. 9. §. 8. l. 11. D. de reb. auct. jud. 42, 5. l. 7. D. de alien. jud. 4, 7.

252) §. 17. I. de act. 4, 6. l. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9, 2. cfr. Gaj. IV. §. 9.

253) l. 111. §. 1. D. de R. J. 50, 17.

254) l. 9. §. 1. D. quod falso 27, 6.

255) l. 1. §. 23. D. de tutel. 27, 3.

256) l. 9. §. 8. l. 11. D. de reb. auct. jud. 42, 5.

Pauliana[257] hieher und der Fall, wo zur Erschwerung der Rechtsverfolgung eine Veräußerung vorgenommen ist[258].

Ebenso die Besitzklagen, insbesondere das Interdictum unde vi und quod vi aut clam[259]. Einen Strafcharakter hatten auch die Klagen, bei welchen durch ein Leugnen des Beklagten die Streitsumme verdoppelt wurde[260].

Der Gegenstand der Delictsobligationen konnte so mannichfaltig sein, wie der der übrigen Obligationen, insbesondere auch in einem Thun oder Gestatten bestehen. So ging das Interdict quod vi bald auf Wegschaffung des opus auf eigene Kosten, bald auf ein bloßes Gestatten der Wegnahme desselben. Daneben war es auf Schadensersatz als Strafe gerichtet[261]. Den häufigsten Gegenstand der Delictsobligationen bilden jedoch das Interesse und der Sachwerth[262].

§. 20.

III. Zeitliche und örtliche Bestimmung der Interesseleistung.

Da das Interesse nach Zeit und Ort sehr verschieden sein kann, so bedarf es zur Bestimmung des Umfangs der Interesseleistung der zeitlichen und örtlichen Fixirung derselben.

Man hat neuerdings zwischen Berechnung des Interesse und Schätzung der einzelnen Bestandtheile desselben unterscheiden, und beide in ihrer zeitlichen und örtlichen Bestimmung auseinanderhalten wollen[263]. An sich wäre eine solche Unterscheidung

257) l. 10. §. 24. l. 11. D. quae in fraud. cred. 42, 8.

258) l. 4. §. 6. l. 7. D. de alien. jud. 4, 7. In ersterer ist wohl das „non" zu streichen.

259) l. 35. pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 3. pr. §. 1. D. de vi 43, 16. S. besonders v. Savigny, Besitz §. 6.

260) Gaj. IV. §. 9.

261) l. 7. pr. l. 13. i. f. l. 15. §. 1. l. 16. §. 2. D. quod vi 43, 24.

262) l. 2. §. 13. l. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47, 8. l. 46. §. 1. l. 80. §. 1. l. 67. §. 1. l. 27. 28. 32. 82. §. 3. l. 52. §. 28. l. 50. pr. D. de furtis 47, 2. vgl. v. Savigny, Syst. V. r. 446—453. Puchta §. 224. Note c.

263) z. B. Mommsen II. S. 201. 213.

denkbar, sie ist jedoch ohne irgendwelche practische Bedeutung. Die Berechnung des Interesse schließt die Schätzung der einzelnen im Interesse enthaltenen Bestandtheile in sich; der Zeitpunkt für jene ist auch maßgebend für diese. In der That hat man auch keine Regeln anzugeben vermocht, nach denen in dieser Beziehung die erforderliche Schätzung abweichend von der Berechnung des Interesse selbst bestimmt worden wäre[264]. Im Gegentheile werden die für die Berechnung des Interesse geltenden Bestimmungen sehr oft gerade in Anwendung auf den Sachwerth ausgesprochen, so daß, was für das eine gilt, unbedenklich auf das andere bezogen werden kann[265].

Nach Römischem Rechte ist hinsichtlich der Berechnung des Interesse zwischen Contracten und Delicten zu unterscheiden.

I. Bei den Contracts- und Quasicontracts-Obligationen kommt es zunächst darauf an, ob für die Erfüllung eine bestimmte Zeit- oder Ortsbestimmung vorgeschrieben ist oder nicht.

a. War ein bestimmter Ort oder Zeitpunkt festgesetzt, so war dieser auch für die spätere Schätzung maßgebend. Die Hauptstelle für diesen Satz, die l. 22. D. de reb. cred. 12, 1., spricht denselben zwar zunächst nur für einen Fall des Darlehens aus. Für die allgemeinere Beziehung der Stelle spricht jedoch außer inneren Gründen auch der Umstand, daß die Regel für bonae fidei judicia ebenfalls anerkannt ist[266].

Dem Falle einer ausdrücklich festgesetzten Zeit- oder Ortsbestimmung steht es gleich, wenn Zeit und Ort durch die Natur der den Gegenstand der Obligation bildenden Leistung, oder resp. durch Eintritt einer Bedingung gegeben waren[267]. Wenngleich diese Regel wieder zunächst nur für Stipulationen

624) S. denselben S. 218.

265) l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6. l. 3. D. de condict. trit. 13, 3.

266) l. 4. D. de condict. trit. 13, 3. l. 5. pr. D. commod. 13, 6.

267) l. 59. 60. 115. D. de V. O. 45, 5. l. 11. D. de re jud. 42, 1.

ausgesprochen ist, so entspricht doch diese freiere Bestimmung, namentlich der Erfüllungszeit, durchaus auch dem Charakter der freien Klagen.

Mit Unrecht hat man die selbständige Bedeutung der festgesetzten Erfüllungszeit für das heutige Recht negirt. Der Irrthum der Glossatoren, welche den festgesetzten Zeitpunkt bei der Schätzung nicht als solchen, sondern nur wegen der nach ihrer Theorie mit dem dies von selbst eintretenden mora berücksichtigen wollten, bindet heute weder Theorie noch Praxis. Für den festgesetzten Schätzungsort ist die Geltung der Römischen Regel weniger bestritten[268].

b. In Ermangelung einer durch die Obligation gegebenen Zeit- oder Ortsbestimmung wurde bei den strengen Klagen auf die Zeit der Litiscontestation, bei den freien Klagen auf die Zeit des Urtheils gesehen[269].

Eine andere Schätzungszeit kam zur Anwendung, wenn es sich um eine individuell bestimmte Sache handelte und diese vor den beiden angegebenen Schätzungspunkten untergegangen war. Die l. 3. D. de condict. tritic. 13, 3. setzt fest:

> si vero desierit esse (servus petitus) in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλάτει, quod latius, secundum Celsum erit spectandum.

Diese Entscheidung beruht ihrem Zusammenhange nach offenbar auf dem guten Grunde, daß die Schätzung einer Sache zu einem Zeitpunkt nach ihrem Untergange höchst mißlich ist und nur zu einem muthmaßlichen Werthe führt, da es völlig ungewiß ist, welche Veränderungen gerade mit der speciell geschuldeten Sache vorgegangen sein würden, wenn sie nicht untergegangen wäre. Welchen Werth andere Sachen von derselben Art zu einer späteren Zeit haben, ist für die Schätzung der speciell geschuldeten Sache völlig gleichgültig. Es

268) vgl. Mommsen III. S. 212, 223.

269) l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6. l. 37. D. mand. 17, 1.

läßt sich nicht der Werth, welchen diese gehabt hätte, sondern nur der Marktwerth von anderen gleichartigen Sachen nach einem späteren Zeitpunkte feststellen. Es wird aber nicht dieser Marktwerth, sondern der Werth der untergegangenen Sache geschuldet.

Mommsen, III. S. 206, will diese dennoch nach der Zeit des Urtheils schätzen, weil der Schuldner so hafte, als wenn die Leistung noch erfolgen könnte. Allein die durch die culpa des Schuldners begründete Perpetuation der Obligation berechtigt nicht zu einer derartigen Folgerung; sie hat nur den Sinn, daß trotz des Untergangs der Sache die Obligation nicht erlöschen soll; sie erstreckt sich nur auf den rechtlichen Bestand der Obligation, nicht auf die thatsächlichen Verhältnisse des Gegenstands derselben.

Die l. 3. cit. wird auch nicht dadurch beseitigt, daß Mommsen S. 206 Note 5 in ihr nur die Berücksichtigung einer späteren Beschaffenheit der untergegangenen Sache, nicht aber die des späteren Preises anderer gleichartiger Sachen ausgeschlossen findet. Die Stelle beschäftigt sich gerade mit dem Preise der untergegangenen Sache und sagt, daß nur ihr Preis zur Zeit des Untergangs, nicht aber, daß der spätere Preis einer anderen, wenn auch gleichartigen, Sache vom Schuldner geleistet werden soll.

Bei dem inneren Grunde der Entscheidung, und da sie in dem hieher gehörigen Theile keine mora voraussetzt, ist ihr unbedenklich eine allgemeinere Bedeutung sowohl für die strengen als die freien Klagen beizulegen, und anzunehmen, daß in Ermangelung einer besonderen Zeit- oder Ortsbestimmung bei individuellen Sachen die Zeit des vor der Litiscontestation, resp. dem Urtheile erfolgten Unterganges der Schätzung zu Grunde zu legen ist.

Eine Eigenthümlichkeit bietet die condictio triticaria, insofern es bei ihr nothwendig wird, dahin zu unterscheiden, daß in Ermangelung einer bestimmten Erfüllungszeit bei ihr hinsichtlich fungibler Sachen auf die Zeit der Litiscontestation,

hinsichtlich individuell bestimmter Sachen dagegen auf die Zeit des Urtheils, resp. des Untergangs gesehen werden muß. Die einschlagenden Stellen lauten:

l. 3. D. de condict. tritic. 13, 3. Ulpianus lib. 27. ad Edict.

In hac actione si quaeratur res, quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus.

l. 4. D. eod. Gaj. lib. 9. ad Edict. Prov.

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. si de die nihil convenit, quanti tunc, cum judicium acciperetur.

Idemque juris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur ejus loci, quo dari debuit. si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod de ceteris rebus juris est.

Die Unterscheidung fungibler und anderer Sachen ist durch die unmittelbare Zusammenstellung beider Stellen miteinander nahe gelegt. Es hätte ohne eine solche Unterscheidung keinen Sinn, daß Gajus in der l. 4. ausführlich die einzelnen Artikel, auf die sich seine Zeitbestimmung beziehen soll, aufzählt: vinum, oleum, frumentum. Ebenso setzen die Schlußworte: quod de caeteris rebus juris est unverkennbar einen Unterschied voraus, der zwar für den Schätzungsort nicht stattfinden soll, für die Schätzungszeit aber damit keineswegs aufgegeben wird.

Daß die Schätzungszeit bei einer species die Zeit des Urtheils ist, wird ausdrücklich als eine Eigenthümlichkeit der condictio tritic. hingestellt („in hac actione si quaeratur"), und zugleich erhellt, daß die Frage unter den Römischen

Juristen streitig war. Ulpian erklärt sich für die Meinung des Servius[270] („verius est, quod Servius ait“).

In Betreff des Schätzungsortes entscheidet in Ermangelung einer besonderen Ortsbestimmung durchweg der Ort der Klage[271]. Die heutige Geltung dieses Satzes ist wegen seines Zusammenhanges mit der Regel, daß die Erfüllung der Obligation in Ermangelung besonderer Bestimmungen am Orte der Klage zu geschehen hatte, in Zweifel gezogen worden[272]. Allein weder diese Regel noch der darauf beruhende Satz von der Schätzung nach dem Klageorte enthält irgend Etwas, das für das heutige Recht unanwendbar wäre. Man muß bedenken, daß diese Regel nur zur Anwendung kam, wenn weder durch Festsetzung der Partheien noch irgendwie aus der Natur der den Gegenstand der Obligation bildenden Leistung der Ort der Erfüllung gegeben war. Was soll in einem solchen Falle nach heutigem Rechte gelten?

Manche Schriftsteller begnügen sich damit, hierauf zu entgegnen, daß an dem nach dem Inhalte der Obligation anzunehmenden Erfüllungsorte zu leisten und mithin auch die Schätzung vorzunehmen sei. Damit gehen sie aber der Frage aus dem Wege[273]. Denn wenn ein gewisser Erfüllungsort nach dem Inhalte der Obligation anzunehmen ist, so ist der Erfüllungsort eben nicht mehr unbestimmt, sondern wird auch nach Römischem Rechte völlig ebenso behandelt, wie wenn er durch Uebereinkunft der Partheien oder Willenserklärung des Testators festgestellt wäre.

Da der Gläubiger, wenn der Ort der Leistung völlig

---

270) African scheint der entgegengesetzten Ansicht gewesen zu sein, da er in der l. 37. mand. 17, 1. in einem Falle der condictio triticaria („hominem certum dari“) den Zeitpunkt der L. C. als Regel bezeichnet. Das „aliter in stipulatione servatur“ kann sich jedoch auch nur auf die, freilich nicht hier passende, actio ex stipulatu beziehen.

271) l. 22. D. de reb. cred. 13, 1. l. 4. D. de condict. trit. 13, 3.

272) z. B. von Mommsen, III. S. 223.

273) z. B. Derselbe II. S. 211. 230. III. 220. 223. 225.

unbestimmt gelassen, insbesondere auch nicht aus dem Inhalte der Obligation zu entnehmen ist[274], an jedem Orte nach seiner Wahl die Erfüllung fordern kann, so ist Nichts natürlicher, als daß der Schuldner da leisten muß, wo der Gläubiger geklagt hat. Denn durch die Anstellung der Klage hat dieser einen Erfüllungsort gewählt.

Die römische Regel wird daher aus den Grenzen der ihr zukommenden Geltung nicht zu verdrängen sein.

Das Verhältniß der unter a. und b. gegebenen Bestimmungen zu einander anlangend, so läßt sich dasselbe nicht als Ausnahme und Regel auffassen, da die durch Vertrag gegebenen und die gesetzlich bestimmten Schätzungspunkte ihre selbständig von einander gesonderten Gebiete haben[275]. Die durch den Willen der Contrahenten gegebene Schätzungszeit schließt nur die gesetzlich begründete Regel aus und ist von principaler Bedeutung vor dieser. Beide zusammengenommen bilden erst die regelmäßigen Schätzungspunkte. Diese Auffassung wird wichtig, wo eine Modification dieser regelmäßigen Schätzungspunkte durch die Mora herbeigeführt wird.

c. Die schuldbare Verzögerung der Erfüllung oder ihrer Annahme soll keinem Theile zum Vortheile gereichen: neutri frustratio sua prodesse debet. l. 37. D. mand. 17, 1.

Durch das ausschließliche Festhalten der regelmäßigen Schätzungspunkte würde zunächst der morose Schuldner in vielen Fällen gewinnen. Wenn z. B. die geschuldete Sache seit der Mora völlig werthlos oder auch nur in ihrem Werthe verringert wird, würde bei dem Festhalten eines späteren Zeitpunktes für die Schätzung der Schuldner nur zu dem geringen Werthe der Sache zu diesem Zeitpunkte verurtheilt werden können, oder, wenn die Sache überhaupt keinen Werth mehr hat, oder er sie in ihrem verschlechterten Zu-

---

274) v. Savigny, Obligationenr. I. S. 513.

275) v. Savigny, Syst. VI. S. 199 behandelt unrichtig die durch die Obligation gegebenen Schätzungspunkte als Ausnahmen auf gleicher Linie mit den Schätzungspunkten bei Mora des Schuldners.

stande dem Gläubiger bis zum Urtheile leistet, gänzlich freigesprochen werden müssen. Sein Vortheil ist besonders einleuchtend in dem Falle, wo er die Sache zu dem höheren Preise zur Zeit der Mora schon verkauft hat.

Diese Erwägungen greifen Platz, wo die Mora der regelmäßigen Schätzungszeit vorhergeht, also für die Fälle, in denen in Ermangelung einer bestimmten Erfüllungszeit die Zeit der Litiscontestation, resp. des Urtheils und Unterganges der Sache zur Anwendung kommt. Der Gläubiger wird hier gegen die Mora dadurch geschützt, daß zu dem Werthe der regelmäßigen Schätzungszeit der etwaige Mehrwerth zur Zeit der Mora hinzutritt.

Diese Auffassung ergiebt sich klar aus der l. 3. D. de condict. trit. 13, 3.:

> in utroque autem (d. h. mag der regelmäßige Zeitpunkt der des Urtheils oder des Unterganges der Sache sein) si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit lib. XX. habendam aestimationem, quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum. Quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.

Die regelmäßige Schätzungszeit wird hier festgehalten; der nach dieser ermittelte Werth erhält nur einen Zusatz durch den Mehrwerth der Mora.

Das Princip für die Berücksichtigung der Zeit der Mora enthält die l. 37. D. mandati 17, 1.:

> Aliter in stipulatione servatur. nam tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret aut per creditorem, quominus acciperet, etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Die Worte quominus sua die solveret bedeuten nicht einen bestimmten Erfüllungstag, sondern den Beginn der Mora.

Es läßt sich demnach folgende Regel aufstellen: Außer

den regelmäßigen Schätzungspunkten: Litiscontestation, Urtheil und Untergang der Sache wird der Zeitpunkt der Mora berücksichtigt, soweit er eine höhere Schätzungssumme für den Gläubiger liefert, oder, wie es gewöhnlich, wenngleich weniger genau, ausgedrückt wird, der Gläubiger hat die Wahl zwischen der regelmäßigen Schätzungszeit und der Zeit der Mora [276].

Andere Bestimmungen werden nothwendig, wenn die Mora nach oder gleichzeitig mit der regelmäßigen Schätzungszeit eintritt. Dies ist der Fall, wenn eine direct oder indirect bestimmte Erfüllungszeit vorliegt. Wie soll hier dem Gläubiger gegen die nach der Mora eintretenden nachtheiligen Veränderungen in der Sache geholfen werden? In den zuerst erörterten Fällen waren die regelmäßigen Schätzungszeiten: Litiscontestation, Urtheil und Untergang der Sache zugleich die äußersten Zeitpunkte, bis zu denen überhaupt im Processe eine Veränderung der Sache berücksichtigt und eine Beeinträchtigung des Gläubigers abgewendet werden konnte. An diesen Zeitpunkten fehlte es, wenn der regelmäßige Schätzungspunkt in dem durch die Obligation gegebenen bestimmten Zeitpunkte bestand. Die mit oder nach diesem eintretende Mora brauchte durchaus nicht mit der Litiscontestation, geschweige dem Urtheile zusammenfallen, sondern konnte diesen Zeitpunkten weit vorangehen. Seit ihrem Eintritte aber konnten bis zum Urtheile oder auch schon bis zur Litiscontestation Veränderungen mit der Sache vorgehen, bei denen für den Gläubiger eine Schätzung nach dem Zeitpunkte der Mora durchaus nicht vortheilhaft war.

Wenn z. B. die Sache seit der Zeit der Mora im Preise gestiegen war, so lucrirte der Schuldner den Mehrwerth, wenn er nur zu dem Werthe zur Zeit der Mora verurtheilt wurde.

Damit trat das Bedürfniß hervor, neben dem festge-

276) Ganz ebenso v. Savigny, Syst. VI. §. 275.

setzten Erfüllungstage den Zeitpunkt der Litiscontestation, resp. des Urtheils oder Unterganges, in Betracht zu ziehen, um die Verhältnisse der Sache in ihrer weitesten Entwickelung, soweit es die Grenzen des Processes nur gestatteten, bei der Schätzung berücksichtigen zu können.

Dem Gläubiger wurde daher das Recht gegeben, neben dem ursprünglich bestimmten Tage die genannten Schätzungspunkte berücksichtigt zu verlangen.

Daraus ergiebt sich die Regel, daß in den Fällen, wo die Schätzungszeit bestimmt ist, im Falle der Mora der Gläubiger zwischen dem bestimmten Schätzungspunkte und den sonst regelmäßigen Schätzungspunkten: Litiscontestation, Urtheil oder Untergang der Sache wählen kann, und die höchste Schätzungssumme dieser Punkte geleistet wird.

Dieser Grundsatz findet sich in der vielfach mißdeuteten l. 3. §. 3. D. de act. empti venditi 19, 1. ausgesprochen:

> Pomponius lib. 9. ad Sabin.
>
> Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore plus vinum fuit vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur. item quo loco pluris fuit vel quo venit vel ubi agatur.

Diese Stelle geht auf einen Fall, wo Zeit und Ort der Erfüllung contractlich festgesetzt sind. Das tempus, quo venit und der locus, quo venit bedeuten nach Römischem Sprachgebrauche nicht die Zeit und den Ort des Vertragsschlusses, sondern eine ausdrückliche Zeit- und Ortsbestimmung. Dieser Sprachgebrauch wird mehrfach in den Quellen anerkannt. So in der l. 3. D. de rebus auctor. jud. 42, 5.:

> Contractum non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

l. 21. D. de O. et A. 44, 7.: contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit.

Auf diesem Sprachgebrauche beruht auch die, auf die letztere Stelle unmittelbar folgende, oben S. 30 erklärte, l. 22. D. de O. et A. 44, 7., wo tempus quo satis accepit die Zeit bezeichnet, zu welcher zu zahlen der Bürge sich verpflichtet hatte. Auch der §. 4. i. f. der l. 3. D. cit. 19, 1. — quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet — bestätigt die obige Annahme. Die bloße Zeit und der bloße Ort des Vertragsabschlusses sind überhaupt rechtlich gleichgültig l. 12. §. 1. D. depos. 16, 3.

Diesen Sprachgebrauch vorausgesetzt, bilden in dem Beispiel der Stelle der festgesetzte Ort und Zeitpunkt die regelmäßigen Schätzungspunkte. Bei dem Hinzutritte der Mora des Schuldners wird daneben noch der Zeitpunkt des Urtheils, da es sich um ein bonae fidei judic. handelt, berücksichtigt.

Was den Ort der Schätzung anlangt, so entscheidet bei Mora des Schuldners im Falle einer ausdrücklichen Bestimmung des Orts je nach der Wahl des Klägers dieser bestimmte Ort oder der Ort der Klage, in Ermangelung einer Ortsbestimmung dagegen ebenfalls electiv der Ort der Klage oder der der Mora.

Mommsen III. S. 221 findet bei der Entscheidung der l. 3. §. 3. cit. zweifelhaft, ob der Kläger, falls ihm dies günstiger ist, den Werth verlangen kann, den der Gegenstand zur Zeit des Beginns der Mora am Klageorte hatte, oder gar das Interesse, welches er daran hatte, daß ihm zu dieser Zeit die Leistung am Klageorte beschafft wäre. Allein dies ist bestimmt zu verneinen. Es ist der Ort des Interesse, und das Interesse des Orts zu unterscheiden. Zu dem letzteren hat der Kläger, da es sich nur um eine Erfüllungsmodalität handelt, kein Recht; er kann nur verlangen, daß sein Interesse nach dem Orte der Klage geschätzt werde. Die Berufung auf die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. ist unzulässig, da diese von dem Interesse des Orts handelt. Da in dem Falle der Stelle der Erfüllungsort bestimmt gegeben

17

ist, kann sie nicht auf einen Fall bezogen werden, wo kein bestimmter Erfüllungsort vorhanden ist[277].

Ebenso irrig ist es, und widerspricht der l. 3. §. 3. cit., daß bei einem bestimmten Erfüllungsorte nur dieser Ort berücksichtigt werden und nicht electiv der der Klage concurriren soll[278].

Das Bisherige bezog sich nur auf die Mora des Schuldners.

Der Einfluß der Mora des Gläubigers auf die Schätzung stellt sich folgendermaßen dar.

Der Gläubiger kann trotz seiner Mora jederzeit noch die Erfüllung fordern. Versetzt er hiebei den Schuldner in Mora, so treten lediglich wieder die für die Mora des Schuldners geltenden Grundsätze ein[279]. Allein es giebt Fälle, wo der Schuldner trotz der späteren Aufforderung des Gläubigers und sogar trotz der Anstellung der Klage nicht in Mora versetzt wird. In diesem Falle soll der Schuldner unter der Mora des Gläubigers nicht leiden. Wenn auch wieder in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmung die regelmäßigen Schätzungspunkte: Litiscontestation, Urtheil, Untergang der Sache, wie immer, zur Anwendung kommen, so muß doch daneben, wie sonst die Zeit der Mora des Schuldners, so hier die der Mora des Gläubigers berücksichtigt und dem Schuldner die Wahl des die niedrigste Schätzungssumme liefernden Zeitpunktes gegeben werden.

Dieser Satz liegt in der l. 37. D. mandati 17, 1. ausgesprochen, da nach dem Inhalte derselben der regelmäßige Schätzungspunkt, in dem der Stelle zu Grunde liegenden Falle: die Zeit der Litiscontestation, durch die Mora des Gläubigers zu Gunsten des Schuldners alterirt werden soll:

277) Dies geschieht von Mommsen III. S. 219.

278) Derselbe ebenda. Die von ihm angezogene l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco 13, 4. beweist wieder nicht, da sie nur das Interesse des Orts betrifft.

279) Nur diesen Fall berücksichtigt Mommsen III. S. 294.

id tempus spectatur, quo agitur, nisi ...... per creditorem (steterit), quominus acciperet.

Ebenso wird zwischen dem Orte der Mora und dem der Klage die Wahl gelassen werden müssen. Der Schuldner hat ein Recht auf den Ort und die Zeit, wo er die Erfüllung anbot, da in Ermangelung ausdrücklicher Festsetzungen, wie der Gläubiger an jedem Orte und zu jeder Zeit die Erfüllung fordern, so der Schuldner sie an jedem Orte und zu jeder Zeit, wo er den Gläubiger trifft[280], anbieten kann.

Analog stellt sich das Verhältniß bei einer festgesetzten Zeit- und Ortsbestimmung. Wollte man neben der bestimmten Erfüllungszeit nur die Zeit der Mora des Gläubigers berücksichtigen, so würde die Beurtheilung der in der Sache eintretenden Verhältnisse wieder nur auf den engen Zeitraum zwischen der Erfüllungszeit und der, mit dieser oft gar zusammenfallenden, Zeit der Mora beschränkt werden. Es mußte daher an die Stelle der letzteren wieder der äußerste, für die Entwickelung der, in der Sache eintretenden, Verhältnisse zu berücksichtigende Zeitpunkt gesetzt werden. Dieser konnte hier aber nur der Zeitpunkt der Klage sein; denn da dem Gläubiger trotz seiner Mora das Recht unbenommen ist, zu diesem Zeitpunkte die Erfüllung zu fordern, konnte es sich nur darum handeln, inwiefern der Zeitpunkt der Mora des Gläubigers in Vergleichung mit der Zeit der Klage für den Schuldner günstiger war. Dieser hatte nur ein Recht, die Zeit der Mora des Gläubigers bei der Schätzung berücksichtigt zu verlangen. Die Veränderungen in der Sache nach der Zeit der Klage durften weder ihm zum Vortheile, noch zum Nachtheile des Gläubigers auf die Schätzung influiren, und waren daher für beide Theile gleich indifferent.

Der Schuldner hat daher nur die Wahl zwischen der festgesetzten Erfüllungszeit und der Zeit der Klage.

Bei einem festgesetzten Erfüllungsorte hatte er einfach

280) vgl. v. Savigny, Obligationenr. I. S. 515.

zwischen diesem und dem Orte der Klage zu wählen. Wenn auch der Schuldner nach den eigenthümlichen Grundsätzen des Römischen Rechts selbst im Falle einer ausdrücklichen Ortsbestimmung am Orte der Klage zu erfüllen hatte, so durfte ihm doch dieser Ort bei der Schätzung nicht zum Nachtheile gereichen.

Diese Sätze enthält die l. 3. §. 4. D. de act. empti venditi 19, 1.:

> Quodsi per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit cum agatur et quo loco minoris sit.

Es wird hier zwar nur die Zeit der Klage als maßgebend bezeichnet, allein die Stelle schließt sich an den unmittelbar vorhergehenden Fall des §. 3. an; sie sagt nur, daß bei der mora des Gläubigers abweichend von der des Schuldners statt des Zeitpunkts des Urtheils der Zeitpunkt der Klage zu Grunde zu legen sei. Die daneben in Betracht kommende festgesetzte Erfüllungszeit ist daher aus dem §. 3. auch für den Fall des §. 4. herüberzuziehen. In derselben Weise nimmt der §. 4. auch hinsichtlich der Schätzungsorte auf den §. 3. Bezug.

Der weitere Inhalt der Stelle bestimmt den Begriff der Mora des Gläubigers und ebenso den Begriff des locus quo venit als desjenigen, auf welchen die Erfüllung festgesetzt ist, nicht aber desjenigen, an welchem contrahirt ist (in quo (sc. res) agatur).

Auch ist es unzulässig, in die Stelle die Voraussetzung hineinzutragen, daß der Schuldner durch die Klaganstellung in Mora versetzt ist. Die Stelle setzt ausdrücklich nur Mora des Gläubigers, nicht aber Mora des Schuldners voraus[281]. Bei letzterer würden überdies nur die gewöhnlichen Regeln über den Einfluß der mora solvendi auf die Schätzung in Anwendung kommen können.

281) Unrichtig setzt Mommsen III. S. 294 Note 19 Mora des Schuldners voraus.

Noch einer positiven Besonderheit bei der für die Contractsobligationen geltenden Schätzungszeit ist hier Erwähnung zu thun. Bei der condictio furtiva und der ihr gleichbehandelten actio rerum amotarum wird nicht bloß die Wahl zwischen den einzelnen Schätzungspunkten, sondern des günstigsten Zeitpunkts der ganzen Zwischenzeit gegeben, weil jeder einzelne Zeitpunkt derselben als ein neuer Anfangspunkt der Mora angesehen wird. Genau genommen ist hier eigentlich keine Ausnahme von der gewöhnlichen Schätzungsregel gemacht; es ist nur die Zeit der Mora eigenthümlich bestimmt[282].

Positiv ist ferner bei den Entschädigungsklagen gegen die Argentarien als ausschließlicher Schätzungspunkt die Zeit, wo der Prätor dem Beklagten die Edition aufgegeben hatte, festgesetzt[283]. Die Fälle, in denen das Interesse für den Fall des Eintretens oder Nichteintretens einer Thatsache stipulirt ist, z. B. bei der cautio judicio sisti und den Stipulationen wegen Gewährsmängel, betreffen nicht die Zeit für die Schätzung des Interesse, sondern nur die durch das Vorhandensein eines Interesse in einem gewissen Zeitpunkte bedingte Verwirkung der Stipulation. Es handelt sich dabei nur um die Frage, ob und wieweit ein Interesse vorhanden ist, und waren diese Fälle daher im ersten Kapitel zu behandeln[284].

Wie die oben S. 30 flgde. erwähnten Meinungen zeigen, gehören die Regeln über die dem Interesse zu Grunde zu legenden Schätzungspunkte zu den bestrittensten Lehren des Civilrechts. Es soll hier noch auf die Ansicht Mommsen's II. S. 218 flgde. III. 205—212 flgde. 219 flgde. 293 flgde. eingegangen werden. Derselbe gelangt zwar äußerlich ebenfalls zu dem Resultate, daß der Gläubiger die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Beginnes der Mora und (bei bonae fidei jud.)

282) S. v. Savigny VI. S. 213, 215. l. 8. §. 1. D. de condict. furt. 13, 1.

283) l. 6. §. 4. l. 8. §. 1. D. de edendo, 2, 13.

284) Mommsen S. 202—210 verkennt dies. S. oben S. 161.

dem Zeitpunkte des Urtheils, resp. der Unmöglichkeit der Leistung habe. Diese Regel gilt bei ihm jedoch nicht unbedingt, sondern nur unter folgenden Maßgaben:

1. Bei einer nach der Mora eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung soll die zur Zeit des Urtheils eingetretene Preiserhöhung nur dann berücksichtigt werden, wenn das die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführende Ereigniß den Gegenstand der Obligation im Falle einer rechtzeitigen Leistung nicht betroffen hätte, weil in diesem Falle der Schuldner ebenso hafte, wie wenn die Leistung noch erfolgen könnte. Wenn jedoch das Ereigniß auch ohne die Mora eingetreten wäre und mithin der Schuldner nur für den unterbliebenen Verkauf des Gegenstands zu entschädigen habe, soll die nach der Unmöglichkeit der Leistung erfolgte Preiserhöhung nicht berücksichtigt werden (III. S. 206.)

Bei einer nach der Mora eingetretenen Preisminderung soll auf den Zeitpunkt der Mora zurückgegangen werden, sofern nicht etwa der Schuldner beweist, daß es dem Gläubiger zu diesem Zeitpunkt unmöglich war, den durch die Preisminderung entstehenden Verlust durch einen Verkauf abzuwenden (III. S. 207.)

Bei der Mora des Gläubigers endlich soll der Schuldner zwischen der Zeit, wo diese eingetreten ist, und der Zeit der Klage nur dann die Wahl haben, wenn die Leistung nach dem Beginne der Mora des Gläubigers durch einen Dolus des Schuldners unmöglich geworden ist (!), weil in einem solchen Falle nicht mehr der ursprüngliche Gegenstand, sondern der Schadensersatz als der directe Gegenstand der Obligation angesehen werden müsse (III. S. 295).

Die Beschränkungen, unter denen hier die Schätzungsregeln zur Anwendung kommen, hängen mit der Ansicht Mommsen's über die Wirkungen der Mora zusammen. Der Schuldner haftet nach ihm unbedingt nur dann für den Verlust des Gegenstandes der Obligation, wenn dieser im Falle einer rechtzeitigen Leistung nicht untergegangen wäre.

Andernfalls habe der Schuldner den Gläubiger nur für den Verkauf des Gegenstandes zu entschädigen, falls er nicht die Unmöglichkeit eines Verkaufs auch trotz rechtzeitiger Leistung darthue (III. S. 196).

So irrig, wie diese Ansicht über die Haftung des Schuldners, ist auch die darauf beruhende Beschränkung der Schätzungsregel.

Die unzweifelhaftesten Quellenaussprüche sprechen die unbedingte Haftung des morosen Schuldners aus. Entscheidend gerade für den Fall der Mora ist die l. 44. D. de O. et A. 44, 7., wonach der Schuldner, der einen Sclaven freigelassen hat, nicht haftet, wenn, bevor er vom Gläubiger in Mora versetzt wird, der Sclav stirbt. Hieraus folgt, daß der Schuldner unbedingt haften würde, wenn der Sclav nach dem Eintritte einer Mora gestorben wäre, obwohl der Tod ihn auch im Falle rechtzeitiger Leistung ereilt haben würde. Ebendasselbe geht aus der l. 21. D. de hered. vend. 18, 4. hervor. Eine weitere Widerlegung jener Auffassung ist hier nicht geboten[285]. Es mag genügen, darauf hinzuweisen, daß die angegebenen Beschränkungen der Schätzungsregel dem Römischen Rechte gänzlich fremd sind, und in den Stellen, aus welchen wir die obigen Bestimmungen über die Schätzungspunkte abgeleitet haben, sich in keiner Weise angedeutet finden.

Zu ähnlichen Beschränkungen, wie Mommsen, gelangt Windscheid S. 555—558. Ihm scheint insbesondere nach den Schlußworten der l. 21. §. 3. D. de act. empt. vend. 19, 1.: — quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit —, daß hier vorausgesetzt wird, der Gläubiger könne den höheren Werth zur Zeit der Mora nur verlangen, wenn er diese Zeit zum Verkaufe benutzt, die Sache

285) Man vergleiche nur: l. 31. §. 11. D. de aedil. Edicto 21, 1. Paulus, R. S. 7. §. 4. l. 82. §. 1. l. 91. §. 3. D. de V. O. 45, 5. l. 95. pr. D. de sol. 46, 3.

also nicht behalten hätte. Allein die Stelle nimmt gerade im Gegentheile an, daß zunächst die Zeit der Mora unbedingt zu berücksichtigen sei; sie will die Berücksichtigung des späteren Zeitpunktes eben erst rechtfertigen: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. merito, quia sive datum esset e. q. s.

Es liegt sonach durchaus Nichts vor, das uns nöthigte, die erwähnten Beschränkungen in die Schätzungsregeln hineinzutragen. Die unbedingte Geltung der letzteren ist in Uebereinstimmung mit dem Obigen auch von v. Savigny Syst. VI. §. 275. angenommen.

Bei den Delictsobligationen entscheidet im Allgemeinen die Zeit der Rechtsverletzung [286]. Bei einzelnen Delictsklagen kamen abweichende Zeitpunkte, so bei der actio legis Aquiliae der höchste Werth innerhalb gewisser Zeiträume vor der Beschädigung zur Anwendung.

Bei Beschädigungen können spätere Zeitpunkte füglich nicht zu Grunde gelegt werden, da der Werth, den eine Sache zu einer spätern Zeit in unversehrtem Zustande gehabt haben würde, sich der thatsächlichen Ermittelung entzieht und nur muthmaßlich festzustellen ist.

Daß die Schätzung nur unter Berücksichtigung des Sachwerths, nicht aber des sog. Affections- oder des besonderen Werths vorgenommen werden kann, ist bereits oben S. 7, 8 dargethan worden. Die l. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2. betrifft nicht eine Schätzung des Interesse, sondern die Schätzung einer Sache, die nur einen Bestandtheil des Interesse bildet [287].

Die römischen Schätzungsregeln sind auch für das heutige Recht mit den aus dem Wegfall des Unterschieds zwischen strengen und freien Klagen und des Pönalcharakters der Delictsklagen sich ergebenden Maßgaben anwendbar.

---

286) l. 7. §. 4. l. 11. §. 8. D. quod vi 43, 24. l. 50. pr. D. de furt. 47, 2. cfr. l. 14. §. 11. i. f. D. quod met. c. 4, 2.

287) vgl. Mommsen, II. S. 217.

Dritter Abschnitt.

Neuere Gestaltung.

Vorbemerkung.

Die Lehren des Römischen Rechts haben vielfach durch Vermittelung neuerer Theorien in die Particularrechte Eingang gefunden. Zu den Irrthümern, welche mit diesen Theorien meist verbunden waren, gesellten sich unter der Hand des modernen Gesetzgebers willkürliche Abänderungen, durch welche die vermeintlich Römische Lehre bald beseitigt, bald deutlich gemacht oder verbessert werden sollte. Indem die Gesetzgeber so — nicht das Römische Recht, sondern in Wahrheit die ihnen vorliegende Römischrechtliche Theorie der Neuern — modelten und berichtigten, führte ihr juristischer Instinct nicht selten zu dem überraschenden Resultat, daß, indem sie den Irrthum der Neuern corrigirten, sie unwillkürlich den wahren Inhalt der Quellen wiederherstellten.

Allein in den weitaus meisten Fällen erzeugte diese Methode Zerrbilder, welche, abgesehen von dem Mangel alles wissenschaftlichen Werthes, in ihrer Anwendung auf die Verhältnisse des Lebens die größten Inconvenienzen mit sich brachten und practisch geradezu unausführbar waren.

Man kann nicht, wie so häufig geschieht, sagen, daß derartige Bildungen der geschichtlichen Grundlage entbehrten, und von den Gesetzgebern nur rein ausgeklügelt und ersonnen wären. Ihre geschichtliche Grundlage liegt in den Theorien, auf welchen sie beruhten.

Nur mit großem Unrecht aber könnte man dem Gesetzgeber die Schuld an der Mangelhaftigkeit des entstehenden Rechtszustandes aufbürden wollen. Nicht der Gesetzgeber, sondern der mangelhafte Stand der Wissenschaft, den er vorfand, hat sich das Mißlingen des gesetzgeberischen Versuchs vorzuwerfen.

Die Lehre vom Interesse ist ganz besonders geeignet, die Umformung der Römischen Lehren durch die moderne Theorie und Gesetzgebung zur Anschauung zu bringen. Wir werden daher im Nachfolgenden die am meisten gelungenen Particulargesetzgebungen: das preußische, französische und österreichische Recht zur Vergleichung ziehen, unter gleichzeitiger Berücksichtigung des neuesten Versuchs deutscher Legislation: des Dresdener Entwurfs eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse.

§. 21.

I. Gestaltung des Begriffs des Interesse.

Der richtige Begriff des Interesse findet sich in keiner der genannten Gesetzgebungen. Das Interesse bildet bei ihnen im Wesentlichen den Gegenstand des Schadensersatzes aus unerlaubten Handlungen, wobei mit dem Begriffe des Interesse der neugebildete der Genugthuung concurrirt [1].

Beide Begriffe werden ihrem Inhalte nach als Schaden definirt und dieser nach seinen beiden Richtungen hin näher als positiver Schaden und entgangener Gewinn bezeichnet [2].

Das preußische Recht bedient sich der Bezeichnung Interesse vorzugsweise für die aus Contracten entstehenden Rechtsverhältnisse, der Bezeichnung Genugthuung dagegen ausschließlich für die durch unerlaubte Handlungen begründeten Pflichten.

1) §. 285. I. 5. §. 7. 10. I. 6. A. L.-R. §. 913. Ö. G.-B.

2) §. 286. 287. I. 5. §. 7. I. 6. A. L.-R. Code civil art. 1382. 1383. sqq.

Das österreichische Recht läßt den Begriff der Genugthuung vorwalten, wogegen der Code viel richtiger bei dem Begriffe des Schadens und Interesse stehen bleibt.

Außerdem wird im preuß. und österr. Rechte volle und unvollständige Genugthuung unterschieden[3].

Der Dresdener Entwurf legt den Begriff des Schadens zu Grunde. Er beschränkt auch ganz nach dem Muster des preuß. Landrechts und des österr. Rechts den entgangenen Gewinn auf das, „was der Beschädigte bei Anwendung gewöhnlichen Fleißes nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den bereits getroffenen Anstalten und Vorkehrungen erwarten konnte"[4].

Die oben S. 2 bekämpfte Auffassung des Interesse als Schadens hat sich sonach auch auf die neueren Gesetzgebungen verpflanzt. Die unzulässige Beschränkung des entgangenen Gewinns kehrt in dem neuesten Gesetzentwurfe wieder und dazu noch verschärft durch den Ausschluß des Gewinns vom Gewinne. Die Bestimmung dessen, was zum entgangenen Gewinne gehört, sollte einzig und allein dem Causalzusammenhange des fraglichen Vortheils mit dem fraglichen Facto überlassen bleiben. Der Begriff der Genugthuung ist entbehrlich.

§. 22.

II. Gestaltung der Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse.

1. Voraussetzungen.

Unverkennbar ist ferner der Einfluß neuerer Theorien auf die Bestimmung der Leistung des Interesse.

Zwar wird bei Beschädigungen durch Delict oder inner-

---

3) §. 285. 288. 289. 291. I. 5. §. 7. 11. 12. sqq. I. 6. A. L.-R. §. 1323. 1324. Ö. G.-B.

4) Dresd. E. Art. 229. 231. §. 1. I. 6. §. 287. I. 5. A. L.-R. §. 912. 1293. cfr. Register v. Interesse Ö. G.-B.

halb von Contractsverhältnissen nach richtiger Ansicht allgemein die unerlaubte Handlung als Grund der Ersatzleistung angenommen[5]. Der Dresdener Entwurf enthält jedoch in seinem Art. 217. eine Bestimmung, daß „Jedermann verpflichtet ist, alle Handlungen zu unterlassen, durch welche er einem Anderen widerrechtlich einen Schaden zufügt." Damit wird eine Pflicht ohne allen juristischen Charakter statuirt[6]. Mit welcher Klage will man von Jemand erzwingen, daß er nicht stehlen oder rauben soll? Die Bestimmung ist Nichts als eine Umschreibung des der Moral angehörigen: Neminem laede! Mit viel richtigerem Takt geht das preuß. Landr. §. 10. I. 6. erst von der wirklich eingetretenen Rechtsverletzung aus.

Was den Fall der Nichterfüllung der Obligation angeht, so knüpft das preuß. Recht im Allgemeinen die Interesseleistung an die bloße Voraussetzung der Nichtleistung[7]. Nur für die Obligationen auf Unterlassungen scheint der §. 890. I. 11. A. L.-R. Etwas Abweichendes zu bestimmen:

> Hat sich Jemand zu bloßen Unterlassungen verpflichtet, und handelt dieser seiner Verpflichtung zuwider, so muß er, nach dem Grade der ihm dabei zur Last fallenden Verschuldung, den Andern entschädigen.

Dem entgegen bestimmt §. 291. I. 5. A. L.-R.:

> Wenn Jemand eine Handlung, zu deren Unterlassung er ausdrücklich verpflichtet worden, dennoch begeht, so muß er dem Andern für das ganze Interesse haften.

Die Stellen sind dahin zu vereinigen[8]: daß der §. 291. cit.

5) §. 10. I. 6. §. 285. I. 5. A. L.-R. Code, art. 1382. §. 1295. Ö. G.-B.

6) vgl. oben S. 28.

7) 276. I. 5. A. L.-R. §. 53. 57. I. 24. Allg. Ger.-O. §. 9. Verord. v. 4. März 1834 (Nr. 1511).

8) Unbefriedigend sind die Vereinigungsversuche von: Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 425 (I. Ausg.) Koch: Recht der Ford. §. 28. nr. II. Commentar zum Landr. zu §. 291. I. 5. A.L.-R. Lehrbuch §. 471. Note 10.

im Zusammenhange mit den voraufgehenden §§. auf eine innerhalb eines Contractsverhältnisses durch die Begehung der zu unterlassenden Handlung herbeigeführte Beschädigung, der §. 890. cit. aber auf die Nichterfüllung einer selbständigen auf die Unterlassung gerichteten Obligation zu beziehen ist.

Der Code knüpft umgekehrt die Interesseleistung bei Obligationen auf ein Nichtthun an das bloße Factum der Zuwiderhandlung, bei Obligationen auf ein Thun oder Leisten von Sachen dagegen regelmäßig an den Eintritt der Mora, es sei denn, daß die Leistung von der Art war, daß sie nur bis zu einer gewissen Frist geschehen konnte und der Schuldner diese Frist verstreichen ließ. Im Uebrigen kommt nichts darauf an, ob es sich um eine gänzliche Nichterfüllung, oder um eine bloße Verzögerung der Erfüllung handelt[9].

Das österr. Gesetzbuch macht durchgehends die Leistung des Schadensersatzes von einem Verschulden abhängig, mag der Schade durch Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein[10].

Hat sich der Schuldner durch ein ihm zur Last fallendes Ereigniß die Leistung unmöglich gemacht, so wird übereinstimmend nach den drei Gesetzgebungen durch die schuldbare Handlung des Verpflichteten nur eine Verbindlichkeit zum Schadensersatze begründet, und mithin die Obligation auf den ursprünglichen Gegenstand für aufgehoben erachtet[11].

Von den oben Seite 26 erwähnten Irrthümern hält sich sonach, wenigstens was die Interesseleistung wegen Nichterfüllung der Obligation anlangt, das preuß. Recht am meisten fern, indem es, bis auf den zweifelhaften Fall der Obligation auf Unterlassungen, den Gründen der Nichterfüllung: dolus, culpa und mora, keinerlei Einfluß auf die Verbind-

9) Code, art. 1145. 1146. Der art. 1139. enthält keine Ausnahme, sondern nur eine eigenthümliche Bestimmung der Mora.

10) §. 1295. 1298. 913. Ö. G.-B.

11) §. 360. cfr. 270. I. 5. A. L.-R. Code, art. 1147. 1148.

lichkeit zur Interesseleistung einräumt. Der richtige Grundsatz ist vom Dresdener Entwurfe im Art. 233. ausnahmelos anerkannt; auch scheint im Art. 270. desselben die Perpetuation der Obligation auf den ursprünglichen Gegenstand angenommen zu sein.

Dagegen ist die Beibehaltung des auch im preuß. Rechte[12] geltenden Grundsatzes, daß der Beschädigte keinen, resp. nur einen geringeren Ersatz verlangen kann, wenn er den schädlichen Erfolg durch Anwendung der gewöhnlichen Vorsicht hätte abwenden können[13], nicht gerechtfertigt. Dieser Satz verstößt gegen das Wesen der Causalität, welches vielmehr dahin führt, daß dem Beschädigten nur für den Schaden der Ersatz versagt werden kann, den er sich selber zugefügt hat. Er ist dem Beschädiger gegenüber zu keinerlei Anwendung von diligentia verpflichtet. Der Schaden, den er nur von sich hätte abwenden können, ist noch nicht ein Schaden, den er sich selbst verursacht hat. Die Bestimmung des Entwurfes steht auch mit den Römischen Quellen in Widerspruch[14].

2. Umfang der Interesseleistung.

Am stärksten tritt der Einfluß früherer Meinungen bei den Bestimmungen über den Umfang der Interesseleistung hervor. Nach dem preuß. Landrechte bestimmt sich dieser nach einer zwiefachen Voraussetzung:

a. Zunächst werden nur die Folgen einer Handlung vertreten, welche nach den landrechtlichen Bestimmungen zugerechnet werden können. Das Landrecht verlangt eine Imputation der einzelnen Folgen, nicht bloß eine Imputation der Handlung selbst. Für nicht imputable Folgen wird nicht eingestanden, sollte auch ihr Causalzusammenhang mit dem fraglichen Factum begründet sein[15].

12) §§. 18—21. I. 6. A. L.-R.
13) D. E. Art. 228.
14) s. oben S. 142 flgde.
15) §§. 7—13. I. 3. A. L.-R.

b. **Sodann** kommt es darauf an, ob der zu vertretende Nachtheil in einem positiven Schaden oder in einem entgangenen Gewinne besteht. Ein entgangener Gewinn wird unter Umständen nicht ersetzt, sollte auch die Folge an sich zu vertreten sein[16].

Die zweite Voraussetzung wird sonach durch die erstere stillschweigend beschränkt. Das Verhältniß beider ist daher beachtenswerth.

Die landrechtlichen Bestimmungen knüpfen hier offenbar an die im 17. und 18. Jahrhundert sehr verbreitete und besonders von Molinäus ausgebildete Theorie an, welche für den Umfang der Interesseleistung ebenfalls eine zwiefache Voraussetzung aufstellte[17]. Im Einzelnen gehen die landrechtlichen Bestimmungen über die Zurechnung dahin:

Ohne Unterschied werden die Folgen vertreten, die beabsichtigt waren, §. 12. I. 3., denn die Zurechnung liegt hier am deutlichsten zu Tage. Ebenso die unmittelbaren Folgen, denn diese mußte der Handelnde voraussehen. §. 7. a. a. O. Für die mittelbaren haftet er dagegen nur, soweit er sie entweder vorausgesehen hat, oder bei Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit und Sachkenntniß voraussehen konnte. §§. 10—12. I. 3. Folgen, die nicht vorausgesehen werden konnten (im landrechtlichen Sinne: bloß zufällige Folgen), werden nur bei einer in den Gesetzen gemißbilligten Handlung vertreten, jedoch selbst dann, wenn der Zufall durch diese Handlung nur schädlich geworden ist, die Handlung also nur Hülfsursache war[18]. §. 13. a. a. O. cfr. §. 14. I. 3. A. L.-R.[19]

16) §§. 285—291. I. 5. §§. 10. sqq. I. 6. A. L.-R.

17) s. oben S. 17.

18) Unpassend hat man diesen Fall des casus als „vermischten Zufall" bezeichnet, c. mixtus s. dolo vel culpae subordinatus. Aber die wahre Ursache ist nur der reine Zufall. Die culpa ist nur unterstützendes Moment, causa sine qua non, und kein Grund, davon das damnum fortuitum, d. h. den Schaden, wo keine menschliche Thätigkeit mitwirkend war, zu unterscheiden.

19) vgl. Koch, Recht der Ford. §. 28. nr. I.

Die Zurechnung vorausgesetzt, wird nun weiter bestimmt, unter welchen Voraussetzungen das volle oder beschränkte Interesse, d. h. bloß der wirkliche Schaden, oder auch der entgangene Gewinn, zu ersetzen ist. Das Landrecht unterscheidet hier zwischen dem Ersatze bei Contractsverhältnissen und dem Ersatze bei Beschädigungen außer dem Falle eines Contracts. In beiden Fällen wird zwar gemeinsam, in Anschluß an die ältere Theorie, der Umfang der Interesseleistung nach dem Grade der Verschuldung abgestuft, und die Eintheilung in interesse intrinsecum und extrinsecum im Sinne der deutschen Practiker auf den Gegensatz zwischen damnum emergens und lucrum cessans bezogen. Jedoch sind im Einzelnen die Abstufungen nicht durchweg gleichmäßig bestimmt[20].

Nach dem Code findet, völlig im Sinne des Molinäus, eine Haftung nur für den Schaden statt, den man bei Eingehung des Contracts vorausgesehen hat, oder doch voraussehen konnte, außer im Falle eines dolus, und selbst in diesem Falle beschränkt sich der Ersatz auf die unmittelbare und directe Folge. art. 1150—1151.

Das österr. Gesetzbuch giebt im Falle eines aus „böser Absicht", oder aus einer „auffallenden Sorglosigkeit" verursachten Schadens dem Beschädigten volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung (§. 1324.), gleichviel, ob der Schade durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht ist (§. 1295.).

Den Umfang der Interesseleistung hat also das österr. Recht ausschließlich im Sinne der deutschen Practiker das französische Recht ausschließlich im Sinne des Molinäus bestimmt. Das preußische Recht hat beide Gegensätze vereinigt.

---

20) s. die detaillirten Bestimmungen der §§. 285—291. I. 5. §§. 10—15. I. 6. cfr. §. 101. I. 11. A. L.-R.

Der Dresdener Entwurf hat mit Recht die unwissenschaftliche Abstufung der Interesseleistung nach den Graden des Versehens fallen lassen.

§. 23.

III. Zeit, Ort und Art der Schätzung.

Ueber Zeit und Ort der Schätzung des Interesse fehlt es in den drei Gesetzbüchern an allgemeinen, durchgreifenden Bestimmungen.

Für den speciellen Fall der Beschädigung von Sachen berücksichtigt das preuß. und ebenso das österr. Recht den Werth der Sache zur Zeit der Beschädigung, resp. des Verlustes[21]. Davon gilt nach preuß. Rechte eine Ausnahme 1. wenn der Schaden aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, 2. wenn betrüglicher Weise fremde mit eigenen fungiblen Sachen vermischt sind. Hier wird der höchste Werth von der Zeit der Schadenszufügung, resp. Anmaßung an bis zur Insinuation der Klage geleistet[22].

Bei Contractsverhältnissen entscheidet nach preuß. Rechte, wie in einzelnen Anwendungen anerkannt wird, die verabredete Erfüllungszeit[23].

Die fehlenden Bestimmungen müssen nach allgemeinen Grundsätzen ergänzt werden.

Ausführlicher sind die Vorschriften über die Art der Schätzung beim Sachwerth. Das Landrecht unterscheidet nach der älteren Theorie: einen gemeinen Werth der Sache, einen außerordentlichen Werth und einen Werth der besonderen Vorliebe. Die Streitfrage, ob das pretium singulare ein pretium utilitatis oder affectionis, ist also

21) Koch, Recht der Ford. §. 29. nr. II. §§. 83. 88. I. 6. §§. 283. 305. I. 9. A. L.-R. §. 1332. Ö. G.-B.

22) §. 85. I. 6. §. 302. I. 9. A. L.-R. Ueber das Unzureichende dieser Zeitbestimmung s. Koch a. a. O. zu §. 85. I. 6. Jedoch ist zu beachten, daß der §. 92. I. 6. den §. 85. unmittelbar ergänzt.

23) §. 859. I. 11. §. 74. I. 16. A. L.-R.

unbedingt weder in dem einen noch dem anderen Sinne entschieden, sondern das Landrecht löst das pretium singulare in den außerordentlichen Werth und den Werth der besonderen Vorliebe auf.

Der gemeine Werth bestimmt sich nach dem Nutzen, den die Sache einem jeden Besitzer gewährt. Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten, die einem jeden Besitzer schätzbar sind, werden dem gemeinen Werthe beigerechnet[24].

Der außerordentliche Werth erwächst aus der Berechnung des Nutzens, den die Sache nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann. §. 114. a. a. O. Unter „Bestimmungen und Verhältnissen" sind hier nicht in der Sache selbst begründete Verhältnisse und durch ihre Natur gegebene Bestimmungen zu verstehen, nicht also besondere ihr innewohnende und daher bei jedem Besitzer mit ihr verbundene Eigenschaften und Vollkommenheiten — diese würden vielmehr zu ihrem gemeinen Werthe gehören —; sondern man hat an Vortheile zu denken, welche in den besonderen Verhältnissen des Besitzers ihren Grund haben und auf den eigenthümlichen Dispositionen beruhen, welche er mit der Sache getroffen hat, z. B. wenn er sie unter einer Conventionalstrafe versprochen, oder mit anderen Vermögensstücken zu einem Ganzen verbunden hat und der Werth des Ganzen mehr beträgt, als die Summe des Werths der einzelnen Theile. Der außerordentliche oder besondere Werth ist eben Nichts, als ein Bestandtheil des Interesse des Besitzers, wie das sog. gemeine Interesse Nichts, als der Sachwerth ist.

Die ganze Unterscheidung eines mehrfachen Sachwerths beruht, wie oben dargethan, (S. 7 flgde.) auf einer Verwechslung der Begriffe: Sachwerth und Interesse.

Der Werth der besonderen Vorliebe endlich wird vom

---

24) §. 112. 113. I. 2. A. L.-R. Koch, Recht der Ford. §. 28. nr. III.

Landrechte ganz richtig in die subjective Meinung des Besitzers gesetzt. §. 115. a. a. O.[25]

Das österr. Gesetzbuch §. 305. faßt unter dem außerordentlichen Werthe sowohl die wirklichen Vortheile, welche die Sache speciell dem Besitzer gewährt, als den imaginären Werth der besonderen Vorliebe zusammen. Dem Code ist die Terminologie ganz fremd.

Nach preuß. und österr. Rechte ist nun bei Schätzungen der gemeine Werth die Regel[26]. Außerdem kann bei Beschädigungen nach österr. Rechte der Werth der besonderen Vorliebe gefordert werden, wenn der Schade vermittelst einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Muthwillen und Schadenfreude verursacht worden. §. 1331.

Nach preuß. Rechte wird bei Beschädigungen im Falle des Vorsatzes der Werth der besonderen Vorliebe, im Falle eines groben Versehens der außerordentliche Werth ersetzt[27].

Bei einem zum Besten des Gemeinwesens stattgefundenen nothwendigen Verkaufe, und bei vermachten fremden Sachen, die dem Legatar nicht verschafft werden können, wird ebenfalls der außerordentliche Werth ersetzt[28].

Läßt sich der vormalige Werth der vernichteten Sache nicht mit Sicherheit ermitteln, so wird eine Sache von mittlerer Güte vorausgesetzt, überdies bei Vorsatz oder grobem Versehen der Beschädigte zur eidlichen Bestärkung eines höheren Werths, jedoch nicht über den doppelten Betrag des mittleren Werths zugelassen[29].

Die obigen Regeln über die Schätzung sind hauptsächlich für den Fall practisch, wo die Ersatzleistung sich ausschließlich auf den Sachwerth erstreckt. Denn wo das Interesse geleistet

---

25) vgl. über die Meinungen Koch's, dessen Recht der Ford. §. 28. nr. III. und oben S. 9.

26) §. 117. I. 2. §. 88. I. 6. A. L. R. §. 306. Ö. G.-B.

27) §§. 85—87. I. 6. §. 19. I. 3. A. L.-R.

28) §. 9. I. 11. §. 378. I. 12. singulär: §. 880. I. 11. A. L.-R.

29) §§. 92—95. I. 6. A. L.-R.

wird, kommen die Vortheile, die den außerordentlichen Sachwerth ausmachen, unter dem Namen des Interesse in Anschlag, da der außerordentliche Sachwerth sich, wie dargethan, in Bestandtheile des Interesse zerlegt. Der Dresdener Entwurf hat ebenfalls noch die Terminologie des ordentlichen und außerordentlichen Sachwerths beibehalten[30].

Die Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen über Gegenstand, Voraussetzung und Umfang des Schadensersatzes lassen sonach im Allgemeinen denselben Einwürfen Raum, als die Theorien, die ihnen zur Grundlage dienen. Zwar haben sie Manches von diesen Abweichende und Eigenthümliche. Dies betrifft aber nur Einzelheiten. Die Rechtsgedanken und die Rechtsbegriffe sind dieselben. Diese sind nur eigenthümlich verarbeitet, anders geformt, entweder vereinfacht, oder detaillirter ausgeführt. Sie liefern nur einen Beleg mehr, daß jede Gesetzgebung mehr oder weniger der treue Abdruck der herrschenden Anschauungen und des jedesmaligen Standes der Wissenschaft ist.

---

30) D. E. Art. 230. 271.

Quellenregister.

I. Institutionen.

Tit. de legatis 2, 20.
§. 4. S. 238.
Tit. de inutil. stipul. 3, 20.
§. 2. 125.
Tit. de leg. Aquil. 4, 3.
§. 10. 49.
Tit. de act. 4, 6.
§. 22. 222.
§. 31. 218.
Tit. de offic. jud. 4, 17.
§. 3. 59.

II. Digesten.

Tit. si quis jus dic. 2, 3.
l. 1. §. 4. 65.
Tit. ne quis eum 2, 7.
l. 5. §. 1. 68.
Tit. de edendo 2, 13.
l. 8. §. 1. 157.
Tit. de negot. gest. 3, 5.
l. 11. 170.
Tit. quod met. causa 4, 2.
l. 14. §§. 1. 7. 67.
l. 14. §. 11. 157. 195.
l. 21. §. 2. 67.
Tit. de dolo 4, 3.
l. 17. 18. pr. 67.
Tit. de minor. 4, 4.
l. 11. 58.
l. 35. 78.
Tit. de alienat. jud. mut. c. f. 4, 7.
l. 4. §. 5. S. 155.
Tit. de hered. petit. 5, 3.
l. 20. §. 21. 195.
l. 40. pr. 58. 195.
Tit. de rei vind. 6, 1.
l. 15. §. 3. 195.
l. 20. 58.
l. 27. §. 2. 157.
l. 68. i. f. 25. 67.
l. 71. 67.
l. 79. 155.
Tit. de usufr. 7, 1.
l. 36. §. 2. 194.
Tit. si servitus vind. 8, 5.
l. 4. §. 1. 59.
l. 6. §. 6. 58. 59.
Tit. ad leg. Aquil. 9, 2.
l. 7. §. 5. 145.
l. 11. §. 3. 140.
l. 21. §. 1. 57.
l. 22. pr. §. 1. 18.
l. 23. pr. §. 2. 49.
l. 29. §. 3. 113.
l. 33. 7. 79. 264.
l. 51. 140.
l. 52. pr. 143.
Tit. de his qui effud. vel dej. 9, 3.
l. 1. pr. §. 5. 6. 84.

Tit. ad exhibendum 10, 4.
l. 9. §. 8. S. 65.
l. 12. §. 4. 196.
Tit. de servo corrupto 11, 3.
l. 1. pr. 67.
l. 14. §. 1. 57.
Tit. de reb. creditis 12, 1.
l. 22. 29. 248.
l. 31. 58. 59.
Tit. de in litem jur. 12, 3.
l. 3. 4. 14. 188. 194.
Tit. de condict. furt. 13, 1.
l. 3. 49.
Tit. de condict. tritic. 13, 3.
l. 3. 50. 54. 249.
l. 4. 250.
Tit. de eo quod certo loco 13, 4.
l. 2. §. 8. 14. 22. 189. 194.
Tit. commodati 13, 6.
l. 3. §. 2. 30. 249.
l. 5. pr. 248.
Tit. de lege Rhodia 14, 2.
l. 10. §. 1. 138. 139.
Tit. de peculio 15, 1.
l. 3. §. 11. 216.
Tit. depositi 16, 3.
l. 7. §. 1. 245.
Tit. mandati 17, 1.
l. 10. §. 12. 148.
l. 37. 29. 253. 254. 258.
l. 52. 148.
l. 54. pr. 74.
Tit. pro socio 17, 2.
l. 23. §. 1. 169.
l. 25. 26. 170.
Tit. de contrah. empt. 18. 1.
l. 45. 14. 179.
l. 61. 127.
Tit. de hered. vend. 18, 4.
l. 21. 139. 263.
Tit. de periculo 18, 6.
l. 19. 14. 22. 103. 194.
Tit. de servis export. 18, 7.
l. 1. 6. 7. S. 73. 80. 122.
l. 6. §. 1. 60.
Tit. de act. empti 19, 1.
l. 1. pr. 25. 62. 222.
l. 3. §. 3. 256. 257.
l. 3. §. 4. 257. 260.
l. 6. §. 4. 182.
l. 11. §. 7. 185.
l. 11. §. 9. 218.
l. 11. §. 12. 148.
l. 12. 112. 211.
l. 13. pr. §§. 1. 2. 175.
l. 13. §. 3. 184.
l. 21. §. 2. 185.
l. 21. §. 3. 12. 14. 18. 22. 193.
l. 43. 50. 117. 149.
l. 44. 150.
l. 45. §. 1. 19. 149.
l. 45. §. 2. 116.
Tit. locati 19, 2.
l. 19. §. 1. 178. 183.
l. 24. §. 4. 90. 111. 173.
l. 33. 57.
l. 35. pr. 228. 229.
Tit. de praescr. verb. 19, 5.
l. 5. §. 5. 76. 115.
l. 7. 76.
Tit. de pign. 20, 1.
l. 16. §. 6. 215.
Tit. de Aedil. Ed. 21, 1.
l. 4. §. 4. 178.
l. 19. pr. 184.
l. 31. §. 1. 184.
l. 44. §. 2. 165.
l. 52. 185.
Tit. de evict. 21, 2.
l. 12. §. 1—3. 148.
l. 16. §. 2. 162.
l. 26. 117. 118. 211.
l. 51. pr. 148.
l. 71. 77.

Tit. de usuris et fructib. 22, 1.
l. 19. §. 1. S. 59.
Tit. de jure dot. 23, 3.
l. 2. 57.
l. 62. 234.
Tit. de donat. inter v. et ux. 24, 1.
l. 36. 230.
Tit. de solut. matr. 24, 3.
l. 57. 196.
l. 61. 139.
Tit. de impensis 25, 1.
l. 4. 138.
Tit. de tutel. et rat. distr. 27, 3.
l. 1. §. 2. i. f. 81.
l. 22. 216.
Tit. quod falso tut. 27, 6.
l. 7. 67.
l. 9. §. 1. 246.
Tit. de legatis 30.
l. 33. 237.
l. 36. §. 3. 238.
l. 40. 235.
l. 41. §. 1. 2. 126.
l. 41. §. 16. l. 43. 241.
l. 47. §. 6. 196.
l. 71. §. 3. 227. 238.
l. 71. §. 4. 240.
l. 112. §. 1. 241.
l. 114. §. 5. 236.
Tit. de legatis 31.
l. 63. l. 89. §. 7. 242.
Tit. de legatis 32.
l. 11. §. 16. 17. 235. 236.
l. 14. §. 2. 239.
l. 20. 237.
l. 30. §. 6. 239. 240.
Tit. de annuis leg. 33, 1.
l. 7. 81.
Tit. de reg. Caton. 34, 7.
l. 1. §. 2. 128.
Tit. de cond. et demonstr. 35, 1.
l. 71. pr. S. 82.
Tit. ad leg. Falcid. 35, 2.
l. 63. pr. 8.
l. 63. §. 2. 167.
Tit. ad SC. Trebell. 36, 1.
l. 25. §§. 2. 3. l. 63. §. 1. 242.
Tit. ut legatorum 36, 3.
l. 1. §. 4. 243.
Tit. de bonis libert. 38, 2.
l. 36. 9. 78.
Tit. de damno inf. 39, 2.
l. 26. 93.
Tit. de manumissis test. 40, 4.
l. 44. 82.
Tit. de re judicat. 42, 1.
l. 4. §. 7. 215.
l. 11. 29.
l. 13. pr. 142.
l. 13. §. 1. 223.
Tit. de reb. autorit. jud. 42, 5.
l. 3. 256.
l. 9. §. 8. l. 11. 246.
Tit. ne vis fiat ei 43, 4.
l. 1. pr. §. 5. 68.
Tit. de vi 43, 16.
l. 1. §. 41. 58.
l. 3. pr. §. 1. 247.
l. 6. 65. 66. 67.
Tit. uti possidetis 43, 17.
l. 3. §. 11. 67.
Tit. quod vi 43, 24.
l. 7. §. 4. 157.
l. 15. §. 7. 60.
l. 16. §. 1. 78.
l. 16. §. 2. 247.
Tit. de exc. rei jud. 44, 2.
l. 25. §. 1. 178.
Tit. de doli mali exc. 44, 4.
l. 14. 153.
Tit. de obl. et act. 44, 7.

l. 21. S. 256.
l. 22. 30. 257.
l. 44. 263.
l. 45. 139.
l. 49. 245.
Tit. de verb. obl. 45, 1.
l. 31. 127.
l. 35. §. 1. 132.
l. 38. §. 2. 67.
l. 59. 60. 29.
l. 78. 125.
l. 81. pr. 223.
l. 83. §. 5. 124. 131.
l. 97. §. 1. 141.
l. 98. 128.
l. 114. 194.
l. 118. §. 2. 188.
l. 137. §. 6. 129.
Tit. de fidej. 46, 1.
l. 67. 148.
Tit. de novat. 46, 2.
l. 8. §. 3. 215.
l. 28. 29.
Tit. de solut. 46, 3.
l. 38. §. 3. 140.
l. 95. §. 1. 234.
l. 98. §. 8. 132. 133.
Tit. ratam rem 46, 8.
l. 8. §. 2. 57. 84.
l. 13. pr. 3. 102.
l. 22. §. 4. 147.
Tit. de furtis 47, 2.
l. 53. §. 4. 98.
l. 71. §. 1. 93.
l. 76. §. 1. 95.
Tit. vi bon. rapt. 47, 8.
l. 4. §. 11. S. 65.
Tit. de injuriis 47, 16.
l. 11. §. ult. l. 12. 84.
Tit. de verb. signif. 50, 16.
l. 35. 59.
l. 179. l. 193. 65.
Tit. de reg. jur. 50, 17.
l. 114. §. 1. 123.
l. 203. 144. 149.

III. Codex.

Tit. de constit. pec. 4, 18.
cst. 2. §. 1. 198. 208.
Tit. si serv. extero 4, 36.
cst. unic. 75.
Tit. de act. empt. 4, 49.
cst. 10. cst. 12. 190.
Tit. si mancip. ita fuerit alien. 4, 57.
cst. 5. cst. 6. 76.
Tit. de fideic. lib. 7, 4.
cst. 17. 223.
Tit. de sent. 7, 45.
cst. 14. 222.
Tit. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47.
cst. unic. 7. 18. 39. 99. 205.
IV. Gajus II. §. 262. 238.
Gaj. Epit. 5. §. 2. 239.
Gaj. IV. §. 118. 218.
V. Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 139. 203.

Litteraturverzeichniß.

I. Aeltere Zeit.

1. Azo († ca. 1230), Summa in C. de sent. quae pro eo q. i. 7, 47. p. 874 sqq. (Lugd. 1537).
2. Glossa Accursii ad C. tit. cit.
3. Dinus Mugellanus († ca. 1298) de interesse (Tractatus juris univ. tom. V. Venet. 1584. fol. 6v.).
4. Petrus de Bellapertica († 1308) de eo quod interest (Repetitionum in varias jur. civ. leges a Pompejo Limpio comp. tom. VIII. Venet. 1608. p. 436).
5. Joh. Faber (ca. 1350) Breviarium in Cod. h. t. 7, 47. Lugd. 1594.
6. Albericus de Rosciate († 1354) ad cst. unic. C. h. t. nr. 18 sqq.
7. Rainerius de Furlivio (Lehrer des Bartolus, † 1348 oder 1351), de eo quod interest (Repetit. tom. VIII. Venet. 1608. p. 437).
8. Bartolus († 1357) ad Cod. h. t. 7, 47.
9. Baldus († 1400) super Cod. h. t.
10. Sebastianus Sapia (ca. 1450) de eo quod interest (Repetit. VIII. p. 443).
11. Berengarius Paulhacus (auch Paulachus, ca. 1450) de eo quod interest (Repetit. VIII. p. 447).

Die Lehre vom Interesse begegnet uns in den Arbeiten der angeführten Schriftsteller noch in den allerrohesten Anfängen. Den Ausgangspunkt der Erörterung bildet der Codextitel de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur, indem aus dem Texte desselben einzelne Stichworte herausgegriffen und an diese die Hauptpunkte der Lehre angeknüpft werden.

Die Controverse dreht sich wesentlich um die Eintheilungen in interesse commune, conventum, singulare und in interesse circa rem

und extra rem. Wortklauberei in der Quellenauffassung, wie in der Polemik, sind die hervorstechendsten Charakterzüge dieser Arbeiten.

II. Neuere Zeit.

1. Franzosen.

12. Molinaeus, unter dem Pseudonym: Gaspar Caballinus († 1566), de eo quod interest (Tractat. jur. univ. Venet. 1584. tom. V. fol. 17 v., auch in der Gesammtausgabe seiner Werke).
13. Anton. Fumejus, Paris. ca. 1550. (Tractatus jur. V. fol. 14.)
14. Rebuffus († 1557): de eo quod interest (Repetit. tom. VIII. in der Ausgabe mit deutschen Lettern); ferner: arbor super interesse (abgedruckt im Corp. jur. gloss. ad cst. unic. C. h. t. 7, 47., ad Salamandrae apud Sennetonios fratres, Lugduni 1549, p. 1442).
15. Contius († 1577), opera, Paris. 1616.
16. Hotomann († 1590), opera II., de eo q. i. p. 722 (1599).
17. Cujacius († 1590), opera omn. II. III. VII. X. ed. Nepolit. 1758.
18. Donellus († 1591) de eo quod interest, opera omn. Tom. IX. ad C. h. t. 7, 47., Lucae 1766, und in anderen Ausgaben: Comment. jur. civ. lib. XXVI. cap. 13).
19. Gabr. Vallius, Paris. de eo quod interest, 1609. (Otto thesaurus I. p. 419).
20. de Gast, de eo quod interest (Meermann thes. VI. p. 762).
21. Gabr. Catiani, de eo q. i. (Meerm. VII. p. 777).
22. Ant. Faber († 1624), Conjectur. XVI.
23. Magnus (le Grand, † 1625), de eo q. i. (Meerm. III. p. 296).

2. Italiener.

24. Andr. Alciat († 1550), de eo quod interest (Tractatus jur. V. fol. 7 v.).
25. Jo. Bapt. Staibani, tractatus de interesse contractuum et ultimarum voluntatum cum observat. Nicol. Siani. Neap. 1716.

3. Holländer.

26. Christinaeus († 1631), Decis. V. 1.
27. Hugo Grotius († 1645), de jure belli et pac.
28. Vinnius († 1657), selectae jur. quaest. II.
29. Voetius († 1667), Comment. ad Dig. 45, 1.
30. Ant. Perez (Prof. in Löwen, geb. in Spanien, †. 1674), Praelectiones in Cod. Just. lib. XII. 1661. 1674.
31. Udalr. Huber († 1694), praelect. juris civilis.

4. Deutsche.

32. Andr. Gaill († 1587), observat. pract. II. 6.
33. Treutler, Sel. disputat. II., 23. Marpurg. 1596. Dazu: sein Commentator Bachovius von Echt (†. 1635).
34. Scipio Gentilis († 1616) de eo q. i.
35. Vultejus († 1634), Jurispr. Rom. I.
36. Brunnemann († 1672), Comment. ad Dig.
37. Henr. Cocceji, de eo q. int. Heidelb. 1679.
38. Lyncker, de eo q. i. Jen. 1691.
39. Struv, syntagma juris civil. 1687.
40. de Berger, Oeconomia juris. Hal. 1728. 1771.
41. Manzii et Martini, opus absolutissimum de eo quod interest. Ingolst. 1706.
42. Außerdem sind aus dem 17. Jahrhunderte noch anzuführen die Dissertationen von:
Lübecken, 1621.
Reusner, 1629.
Schebius, 1655.
Rebecker, 1669.
Lederer, 1669.
Robbe, 1679.

Der Umschwung zum Besseren, welcher im 16. Jahrhunderte in unserer Lehre begann, hat sich den Schriftstellern dieser Periode mehr oder weniger mitgetheilt. Von größtem Einflusse, namentlich für die Schriftsteller des 17. Jahrhunderts, war die Abhandlung Donell's. Derselbe bildet überhaupt den Glanzpunkt dieser Epoche. Auch Cujas hat manchen guten Blick in unsere Lehre gethan; der ganze Charakter seiner Methode war jedoch viel zu unstät, als daß sie zu erschöpfenden und nachhaltigen Resultaten hätte führen können.

III. Neueste Zeit.

43. Wehrn, doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni habita doli mali, morae ejusque quod interest, ratione praestandi. Lips. 1795.
44. Malblanc, dissertatio jurid. sistens observationes quasdam de eo quod interest, Tub. 1801.
45. Pfeiffer, Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechts, Marburg 1803, Nr. 5. S. 227 flgde.
46. Schömann, Lehre vom Schadensersatze. 2. Th. Giessen 1807.
47. Seuffert, Erörterungen I. Abth. 20. Würzburg 1820.

48. Hänel, Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatze, nach heutigem Römischen Rechte. Leipzig 1823.

49. v. Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatze nach Römischem Rechte. Heidelberg 1841.

50. W. Sell, Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeitung des Röm. Rechts. I. 5. (1841).

51. Wächter, Erörterungen aus d. röm., deutsch. u. württemb. Privatr. Stuttg. 1845—46.

52. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 1853—1855. Abth. 1.: Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Abth. 2.: Lehre vom Interesse. Abth. 3.: Lehre von der Mora. Dazu die Recension von:

53. Windscheid, Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft II. 1855. S. 108 flgde. S. 539 flgde.

Außerdem kommen hier die Werke von Savigny, die Lehrbücher, und die nur einzelne Punkte der Lehre betreffenden Schriften in Betracht.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 49 Z. 21, 22 ist zu lesen de lege Aquil. 4, 3.

„ 61 Ihering, Geist des Röm. Rechts, Thl. 3. Leipzig 1865, S. 318 faßt das Interesse als den „Werth in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjects.“ Hiebei wird das causale Moment des Interesse außer Acht gelassen.

„ 83 Z. 10 statt „ausgedehntester“ ist zu lesen: „wirksamster“.

„ 88 „ 29 statt „Nichterfüllung“ ist zu lesen: „Nicht-Nichterfüllung“.

„ 187 Z. 8 statt „1857“ l. 1837“.

Z. 26. Der Grund der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Leistung des Interesse an dem non decipi ist lediglich die scientia. Diese schließt nicht nothwendig einen dolus in sich. Neustetel, in seinen und Zimmern's römisch-rechtlichen Untersuchungen I. nr. 9 (1821) S. 165, 166, und Mommsen II. S. 281 flgde. verwechseln scientia und dolus. Nur der Kürze wegen mag die Bezeichnung: dolus gelten. Das decipere in der l. 13. pr. §§. 1. 2. und l. 21. §. 2. D. de act. empt. 19, 1. geht nicht auf einen durch positive Thätigkeit hervorgebrachten Irrthum, sondern nur auf die durch das Schweigen des Verkäufers allerdings unterstützte irrige Annahme des Käufers = errare emptorem pati l. 11. §. 5. D. de act. empti 19, 1. idonee venire bedeutet das gehörige geschäftsmäßige Verhalten des Verkäufers (vgl. S. 176, 177). qui scit, praemonere debet l. 13. §. 3. D. de act. empti 19, 1.

Officin der Verlagshandlung.

